ЯНВАРЬ. № 1. 1905.

ВѢСТНИКЪ ПРАВА

ЖУРНАЛЪ ЮРИДИЧЕСКАГО ОБЩЕСТВА

ПРИ ИМПЕРАТОРСКОМЪ С.-ПЕТЕРБУРГСКОМЪ УНИВЕРСИТЕТѢ

ИЗДАВАЕМЫЙ ПОДЪ РЕДАКЦІЕЮ

К. К. АРСЕНЬЕВА, **М. М. ВИНАВЕРА,**

прив.-доц. **В. М. ГЕССЕНА,** **В. Д. НАБОКОВА**

и проф. **І. А. ПОКРОВСКАГО.**

Проверено 1948 г.

СОДЕРЖАНІЕ:

1. ГРАЖДАНСКІЙ СУДЪ И ЗАКОНЪ. Проблема ихъ взаимоотношенія . **Проф. І. А. Покровскаго.**
2. НЕОБХОДИМА ЛИ РЕФОРМА СУДА ПРИСЯЖНЫХЪ? . . . . . **С. К. Гогеля.**
3. ЮРИДИЧЕСКАЯ ПРИРОДА ИНСТИТУТА „ОТВѢТСТВЕННАГО РЕДАКТОРА ПЕРІОДИЧЕСКИХЪ ИЗДАНІЙ“. **С. И. Живаго.**
4. ТЕОРІЯ ПРАВОВОГО ГОСУДАРСТВА . **Прив.-доц. В. М. Гессена.**
5. ЗАБЫТЫЙ ЗАКОНЪ. О лучшемъ устройствѣ отношеній городовъ къ земскимъ учрежденіямъ. . . . . **М. И. Мыша.**
6. ПРЕСТУПНОСТЬ, РЕПРЕССІЯ И ГЕРОИ МАКСИМА ГОРЬКАГО . . . . **В. Н. Трапезникова.**
7. ТЕОРІИ САМОУПРАВЛЕНІЯ ВЪ СОВРЕМЕННОЙ НАУКѢ. . . . . **В. Ѳ. Матвѣева.**

(См. 2-ую стр. обложки).

8. ЗАМѢЧАНІЯ ПРАКТИКА НА ПРОЕКТЪ ОБЪ УСЛОВНОМЪ ОСУЖЕДНІИ . . **И. К. Покровскаго.**
9. ВОПРОСЪ О РОДОВЫХЪ ИМУЩЕСТВАХЪ ВЪ ДЕПУТАТСКИЪ НАКАЗАХЪ 1767 ГОДА . . . . . **А. Г. Воронова.**
10. ЛИТЕРАТУРНОЕ ОБОЗРѢНІЕ.
Къ вопросу объ отвѣтственности министровъ. I. Richard Passow. Das Wesen der Ministerverantwortlichkeit in Deutschland. Eine staatsrechtliche Studie. Tübingen. 1904. II. Arthur Teutsch. Die Ministerverantwortlichkeit in Bayern. Inaugural—Dissertation. 1903. . . . . **Прив-доц. М. Б. Горенберга.**
11. ЗАМѢТКИ.
I. Пожизненное пользованіе. Замѣтка на гражданскую хронику профессора М. Я. Пергамента въ ноябрьской книжкѣ „Вѣстника Права“ . . . . . **Проф. И. Г. Энгельмана.**
II. Дѣло доктора Забусова . . . . . **М. С. Маргулieса.**
12. ПЕРЕМѢНА ВЪ УПРАВЛЕНІИ МИНИСТЕРСТВОМЪ ЮСТИЦІИ.
13. ПО ПОВОДУ КІЕВСКАГО СЪѢЗДА РУССКОЙ ГРУППЫ МЕЖДУНАРОДНАГО СОЮЗА КРИМИНАЛИСТОВЪ.
14. АДМИНИСТРАТИВНАЯ ХРОНИКА.—Конецъ стараго режима.—Юридическая оцѣнка событій 9 января 1905 г. **Прив.-доц. В. М. Гессена.**
15. ТРУДЫ ЮРИДИЧЕСКАГО ОБЩЕСТВА ПРИ ИМПЕРАТОРСКОМЪ С.-ПЕТЕРБУРГСКОМЪ УНИВЕРСИТЕТѢ.
Протоколъ засѣданія уголовнаго отдѣленія Юридическаго Общества 13 ноября 1904 г. по вопросу объ условномъ осужденіи.
16. ОБЪЯВЛЕНІЯ.

ОПЕЧАТКА.

На 248 страницѣ, 1 строка сверху, напечатано: „судебныхъ уставовъ. Лучше“... Слѣдуетъ читать: „судебныхъ уставовъ. Въ исторіи судебъ русскаго правосудія коммисія эта не вписала свѣтлой страницы. Лучшее“...

ВѢСТНИКЪ ПРАВА

ЖУРНАЛЪ ЮРИДИЧЕСКАГО ОБЩЕСТВА

ПРИ

ИМПЕРАТОРСКОМЪ С.-ПЕТЕРБУРГСКОМЪ УНИВЕРСИТЕТѢ

ИЗДАВАЕМЫЙ ПОДЪ РЕДАКЦІЕЮ

К. К. АРСЕНЬЕВА, **М. М. ВИНАВЕРА,**
прив.-доц. **В. М. ГЕССЕНА,** **В. Д. НАБОКОВА**
и проф. **І. А. ПОКРОВСКАГО.**

XXXV. **Январь.** **1905.**

КНИГА ПЕРВАЯ.

С.-ПЕТЕРБУРГЪ
СЕНАТСКАЯ ТИПОГРАФІЯ
1905.

ОГЛАВЛЕНІЕ.

стран.

1. Гражданскій судъ и законъ. Проблема ихъ взаимоотношенія. **Проф. І. А. Покровскаго** . 1—51
2. Необходима ли реформа суда присяжныхъ? **С. К. Гогеля** . . . . . 52—72
3. Юридическая природа института „отвѣтственнаго редактора періодическихъ изданій“. **С. И. Живаго** . . . . . 73—97
4. Теорія правового государства. **Прив.-доц. В. М. Гессена** . . . . . 98—115
5. Забытый законъ. О лучшемъ устройствѣ отношеній городовъ къ земскимъ учрежденіямъ. **М. И. Мыша** . . . . . 116—135
6. Преступность, репрессія и герои М. Горькаго. **В. Н. Трапезникова** . . . . . 136—164
7. Теоріи самоуправленія. **В. Ѳ. Матвѣева** . 165—183
8. Замѣчанія практика на проектъ объ условномъ осужденіи. **И. К. Покровскаго** . . . . 184—193
9. Вопросъ о родовыхъ имуществахъ въ депутатскихъ наказахъ 1767 года. **А. Г. Воронова** 194—212
10. Литературное обозрѣніе:
    Къ вопросу объ отвѣтственности министровъ. I. Richard Passow. Das Wesen der Ministerverantwortlichkeit in Deutschland. Eine staatsrechtliche Studie. Tübingen. 1904. II. Arthur Teutsch. Die Ministerverantwortlichkeit in Bayern. Inaugural—Dissertation. 1903. **Прив.-доц. М. Б. Горенберга** . . . . . 213—229

11. Замѣтки:
I. Пожизненное пользованіе. Замѣтка на гражданскую хронику профессора М. Я. Пергамента въ ноябрьской книжкѣ „Вѣстника Права“. **Проф. И. Г. Энгельмана** . . . . . 230—232
II. Дѣло доктора Забусова. **М. С. Маргулieса** . 233—242
12. Перемѣна въ управленіи Министерствомъ Юстиціи . . . . . 243—248
13. По поводу Кіевскаго съѣзда русской группы международнаго союза криминалистовъ . 249—258
14. Административная хроника.—Конецъ стараго режима. — Юридическая оцѣнка событій 9 января 1905 года. **Прив.-доц. В. М. Гессена** . . 259—267
15. Труды Юридическаго Общества при Императорскомъ С.-Петербургскомъ Университетѣ. Протоколъ засѣданія уголовнаго отдѣленія Юридическаго Общества 13 ноября 1904 г. по вопросу объ условномъ осужденіи.
16. Объявленія . . . . . I—LXII.

ГРАЖДАНСКІЙ СУДЪ И ЗАКОНЪ.

Проблема ихъ взаимоотношенія.

I.

Наше время—трудное время. Съ одной стороны, небывалое развитіе законодательной дѣятельности, выражающееся въ огромномъ количествѣ законодательныхъ актовъ и въ еще большемъ количествѣ законопроектовъ; съ другой стороны, лихорадочный темпъ экономической и соціальной жизни, чуть не ежедневно ставящій на очередь все новые и новые вопросы. Разрѣшеніе этихъ вопросовъ находится въ зависимости отъ тѣхъ или иныхъ соціальныхъ предпосылокъ, принциповъ, а между тѣмъ самыя эти предпосылки находятся еще въ состояніи полной спорности. Юридическая мысль бросается изъ стороны въ сторону, спѣшно ищетъ замѣны расшатаннымъ основамъ,—и удивительно-ли, если не всегда при этомъ попадаетъ на то, что нужно.

Кто хоть немного слѣдилъ за различными теченіями въ области современнаго гражданскаго права, тотъ знаетъ, что для многихъ изъ возникающихъ тамъ вопросовъ въ качествѣ такой предпосылки, отъ которой зависитъ ихъ разрѣшеніе, является вопросъ о возможномъ расширеніи судейскаго усмотрѣнія, или—говоря болѣе общимъ образомъ—объ отношеніи суда къ закону.

Господствовавшее до сихъ поръ представленіе на этотъ счетъ сводилось въ общихъ чертахъ къ слѣдующему.

Функція судьи заключается лишь въ примѣненіи закона къ конкретнымъ спорамъ; судья долженъ быть лишь истолкователемъ и осуществителемъ воли закона и ничѣмъ инымъ; только въ законѣ онъ долженъ черпать тѣ нормы, которыя онъ будетъ примѣнять in concreto,—и нигдѣ въ другомъ мѣстѣ. Какъ оборотная сторона этого воззрѣнія, по отношенію къ закону предъявлялось (въ принципѣ) требованіе—все по возможности предусмотрѣть и все по возможности яснѣе регулировать. Неопредѣленность законодательныхъ предписаній и неполнота ихъ мыслились, какъ нѣчто возможное, но во всякомъ случаѣ недолжное, ненормальное. При разрѣшеніи той или другой представлявшейся ему правовой проблемы законъ долженъ былъ разсчитывать только на себя и ни на что другое.

Но вотъ въ новѣйшее время въ сферѣ юридической мысли стало обозначаться иное теченіе. Съ одной стороны—говорятъ намъ—законъ не можетъ предусмотрѣть всего; предполагать всевѣдѣніе закона—значитъ создавать себѣ фикцію. Съ другой стороны, судья никогда не былъ только простымъ истолкователемъ воли закона, какой-то механической машиной; волей или неволей, но онъ былъ и есть участникъ въ правовомъ творчествѣ. Отрицать это—значитъ закрывать глаза на фактъ совершенно безспорный; слѣдуетъ, напротивъ, признать его и съ нимъ считаться. Полагаясь на здравый смыслъ и тактъ судей, которые являются членами и носителями правосознанія того же общества, законодатель во многихъ случаяхъ *вправѣ* предоставить имъ самимъ разбираться въ конкретныхъ отношеніяхъ жизни. Извѣстная неопредѣленность закона, предоставляющая большій просторъ свободному усмотрѣнію судьи, является, такимъ образомъ, съ этой точки зрѣнія не только не противной общей идеѣ законодательства, а напротивъ того—пріемомъ, иногда единственно цѣлесообразнымъ.

Такая тенденція зародилась собственно не такъ недавно, и—можно сказать, что ее создала сама жизнь, поскольку эта жизнь отражается въ современной практикѣ гражданскихъ судовъ. Развивавшійся въ теченіе XIX в. чрезвычайно

быстрымъ темпомъ гражданскій оборотъ на каждомъ шагу оставлялъ позади себя нормы закона; возникали новыя, неизвѣстныя закону отношенія, обнаруживались непредвидѣнные конфликты интересовъ. Со всѣми этими непредусмотрѣнными отношеніями и конфликтами естественно, по самому своему положенію, прежде всего сталкивался судья, и, конечно, положеніе его оказывалось чрезвычайно затруднительнымъ. Обязанный въ своихъ рѣшеніяхъ опираться на законъ, обязанный свои приговоры мотивировать указаніями на тѣ или другіе параграфы его, судья сплошь и рядомъ чувствовалъ, что справедливое рѣшеніе того или другого дѣла или вовсе не можетъ быть связано съ закономъ или, если и можетъ, то лишь путемъ самыхъ искусственныхъ интерпретаціонныхъ натяжекъ. Наблюдая быстрое развитіе отношеній, наблюдая ихъ еще въ стадіи образованія, когда даже контуры грядущихъ типовъ еще не успѣли обрисоваться, судья естественно могъ прійти къ заключенію, что никакому законодательству съ его общими формулами за этимъ быстрымъ процессомъ не угнаться и что единственнымъ цѣлесообразнымъ пріемомъ было бы предоставленіе судьѣ большей свободы усмотрѣнія.

И вотъ, въ то время, когда теорія продолжала учить о законѣ, какъ о единственномъ источникѣ, откуда судья можетъ черпать свои рѣшенія, міръ юридической практики молчаливо, но все болѣе и болѣе опредѣленно настраивался противъ этого ученія, а вмѣстѣ съ тѣмъ и противъ теоріи вообще. И въ значительной степени именно этой причиной объясняются многочисленныя и общеизвѣстныя нападки на „юриспруденцію понятій“ („Begriffsjurisprudenz“, „juristisches Begriffshimmel“ и т. д.), общеизвѣстные совѣты юристовъ-практиковъ лицамъ, начинающимъ практическое служеніе Ѳемидѣ, забыть теорію. Между теоріей и практикой легла глубокая пропасть, по обоимъ краямъ которой стояли двѣ враждующія и другъ друга обвиняющія стороны.

Указанное настроеніе практическихъ юристовъ въ Германіи ко времени работъ по составленію новаго уложенія окрѣпло уже настолько, что отразилось почти всецѣло на

этихъ работахъ и на ихъ окончательномъ продуктѣ—общегерманскомъ гражданскомъ кодексѣ. Всѣми современными его комментаторами единогласно признается, что весь онъ въ самыхъ разнообразныхъ положеніяхъ своихъ широко раздвигаетъ границы судейскаго усмотрѣнія, ввѣряя этому послѣднему разрѣшеніе многихъ чрезвычайно важныхъ и чрезвычайно трудныхъ правовыхъ задачъ.

Такъ напримѣръ *Гахенбургъ*, характеризуя „духъ уложенія“ (Geist des bürg. Gesetzbuchs), говоритъ, между прочимъ, слѣдующее: Красной нитью черезъ всѣ предписанія уложенія проходитъ принципъ справедливости, и одновременно *въ качествѣ необходимаго коррелята этого принципа является нѣкоторая неопредѣленность его нормъ.* Въ немъ не всегда можно найти рѣшеніе отдѣльныхъ случаевъ; какъ опредѣленіе наказанія въ уголовномъ правѣ, такъ и гражданско-правовое рѣшеніе предоставляется нерѣдко свободному усмотрѣнію судьи. *Это расширеніе свободы судейскаго усмотрѣнія составляетъ характерную черту кодекса* [1]).

Такъ же характеризуетъ этотъ кодексъ и *Эндеманнъ.* Уложеніе, говоритъ онъ, избѣгаетъ вездѣ по мѣрѣ возможности своими опредѣленіями ограничивать свободное научное развитіе правовыхъ понятій; во многихъ случаяхъ оно предоставляетъ самимъ судьямъ рѣшить вопросъ о томъ, подлежитъ ли примѣненію и насколько та или иная норма закона. *Все это далеко выходитъ за предѣлы простаго толкованія и обозначаетъ привлеченіе судьи къ конкретному правотворенію* („an der konkreten Rechtssetzung“). Въ систему законодательныхъ предписаній вдвигается порою подвижный факторъ: тамъ, гдѣ новыя правовыя идеи еще только борятся за свое существованіе, гдѣ юридическая ситуація еще недостаточно выяснилась, тамъ самому судьѣ предоставляется вырабатывать нормы, которыя бы соотвѣтствовали соціальной природѣ гражданскаго закона. Если законъ говоритъ, что въ случаѣ важныхъ причинъ можетъ быть расторгнутъ договоръ личнаго найма, что неустойка можетъ быть пони-

---

[1]) Hachenburg. Das bürg. Gesetzbuch. Vorträge. 1897. S. 11—12.

жена до справедливаго размѣра, что въ извѣстныхъ случаяхъ должно быть присуждено справедливое вознагражденіе,—то, очевидно, дается пока только пустая рамка: наполнить ее содержаніемъ составляетъ *правотворящую задачу судьи* [1]).

Излишне приводить дальнѣйшія цитаты: всѣ онѣ въ томъ же родѣ. Не одинаково относятся современные германскіе юристы къ этой чертѣ своего кодекса, но что она дѣйствительно есть, это, повторяемъ, они признаютъ единогласно.

Та же самая цивильно-политическая предпосылка легла въ основу и *нашего проекта гражданскаго уложенія*. Объ этомъ оффиціально и торжественно заявляли объясненія къ обнародованной прежде другихъ частей книгѣ V объ обязательствахъ.

Перечисляя „*начала, положенныя въ основаніи проекта*“, авторы его послѣ двухъ другихъ принциповъ (1, законъ прежде всего долженъ быть справедливымъ; 2, законъ долженъ стремиться къ достиженію матеріальной, а не формальной правды) выставляютъ третій:

„*Законъ долженъ предоставить возможно широкій просторъ усмотрѣнію суда*, такъ какъ только при этомъ условіи могутъ быть въ каждомъ данномъ случаѣ опредѣлены отношенія сторонъ на справедливыхъ основаніяхъ. По дѣйствующему закону суды весьма ограничены въ правѣ руководствоваться свободнымъ усмотрѣніемъ... Указанный недостатокъ дѣйствующаго закона исправленъ въ настоящемъ проектѣ, предоставляющемъ во многихъ случаяхъ весьма широкій просторъ справедливому усмотрѣнію суда. Такъ, напримѣръ, судъ, по соображенію всѣхъ обстоятельствъ дѣла, опредѣляетъ размѣръ вознагражденія за убытки по своему усмотрѣнію и даже можетъ назначить вознагражденіе, хотя бы убытковъ и не было понесено. Отъ свободнаго усмотрѣнія суда зависитъ также уменьшить неустойку, когда она представляется чрезмѣрной, прекратить до срока договоръ личнаго найма, когда принятыя несовершеннолѣтнимъ обязательства непомѣрно тягостны для него, освободить подрядчика отъ исполненія до-

---

[1]) Lehrbuch des bürg. Rechts. I (1903) S. 56—58.

говора или увеличить установленную договоромъ цѣну подряда, когда вслѣдствіе чрезвычайныхъ обстоятельствъ для дальнѣйшаго исполненія договора требуется несравненно больше труда, времени и издержекъ, чѣмъ предполагалось первоначально, отмѣнить договоръ пожизненнаго содержанія или замѣнить содержаніе опредѣленными ежегодными денежными выдачами, когда дальнѣйшее продолженіе договора станетъ невыносимымъ для той или другой стороны и т. д.“

Если принять во вниманіе, что наиболѣе существенные случаи, гдѣ нашъ проектъ предоставляетъ суду чрезвычайно широкую свободу усмотрѣнія, въ ряду этихъ примѣровъ какъ-разъ не приводятся (напр. ст. 31 книги V, теперь ст. 64 положеній общихъ), то мы должны будемъ признать, что заявленное въ „объясненіяхъ“ „третье начало“ дѣйствительно проводится нашимъ проектомъ по всей линіи, и, смѣемъ думать, даже полнѣе, чѣмъ первыя два.

Уже этихъ двухъ кодификацій совершенно достаточно для окончательнаго убѣжденія въ томъ, что описанное теченіе не только есть, но что даже болѣе того—оно стало господствующимъ, опредѣляющимъ даже самое законодательство. Какъ-то незамѣтно для теоріи, продолжавшей пребывать въ верхахъ своего „Begriffshimmel“, это новое направленіе пропитало собой всю юридическую атмосферу, сдѣлалось своего рода communis opinio и, игнорируя старыя ученія доктрины, овладѣло всѣми ея позиціями.

Въ мірѣ духовныхъ явленій, однако, фактическая побѣда еще недостаточна; даже то, что побѣждаетъ, чувствуетъ потребность въ своемъ оправданіи, въ такомъ или иномъ теоретическомъ обоснованіи. Почувствовало эту потребность и новое ученіе о роли судьи и выдвинуло рядъ опытовъ своего теоретическаго оправданія.

II.

Какъ бы далеко ни заходило скептическое отношеніе къ закону и стремленіе „привлечь судью къ конкретному правотворенію“, было, однако, очевидно, что невозможно дать

судьѣ какую-либо свободу отъ ясныхъ и опредѣленныхъ предписаній закона. Гдѣ смыслъ этого послѣдняго не оставляетъ никакихъ сомнѣній, тамъ судьѣ остается только подчиниться, хотя бы этотъ смыслъ рѣшительно противорѣчилъ представленіямъ судьи о справедливости, цѣлесообразности и т. п. Допустить судебный контроль надъ закономъ въ такомъ смыслѣ, даже по признанію самихъ теоретиковъ указаннаго направленія, значило бы легализировать правовую анархію [1]).

Ввиду этого теоретическое изысканіе концентрируется на тѣхъ случаяхъ, которые закономъ прямо не предусмотрѣны и гдѣ вслѣдствіе этого возникаетъ необходимость восполненія недостающей или неясной воли законодателя, причемъ темой для научнаго изысканія является вопросъ о наилучшихъ пріемахъ этого восполненія или—какъ обыкновенно, хотя и не совсѣмъ точно выражаются,—*вопросъ о наиболѣе цѣлесообразной методѣ интерпретаціи.*

Такъ именно и озаглавлена книга, возбудившая большой интересъ и дѣйствительно открывающая собой рядъ опытовъ теоретическаго прецизированія вопроса о болѣе широкомъ усмотрѣніи суда. Я говорю о книгѣ Дижонскаго профессора *François Gény, Méthode de l'interpretation et sources en droit privé positif. 1899.* И до этой книги можно было встрѣтить отдѣльныя заявленія о необходимости освободить судью отъ формальной связанности мелочными правилами толкованія закона, но всѣ эти отдѣльныя заявленія оставались на поверхности вопроса; Жени, напротивъ, пытается охватить вопросъ въ его полномъ объемѣ и проанализировать его до основаній.

Основныя идеи Жени сводятся къ слѣдующему. Если правовая жизнь современности обнаруживаетъ невозможность для законодателя поспѣвать за поминутно развивающимися отношеніями и если чувствуется настоятельная потребность привлечь здѣсь въ качествѣ живаго регулятора судью, предоставивъ свободу его усмотрѣнію, то, конечно, при этомъ не можетъ быть рѣчи объ усмотрѣніи свободномъ въ смыслѣ

---

[1]) Gény. Méthode de l'interpretation. p. 62.

полнаго и независимаго судейскаго субъективизма. Такой субъективизмъ былъ бы равносиленъ произволу и вполнѣ противорѣчилъ бы самому понятію объективнаго правоваго порядка. Необходимо, чтобы нормы для своихъ сужденій судья заимствовалъ не изъ себя самого, а изъ какихъ-либо внѣ его лежащихъ, вполнѣ объективныхъ источниковъ; необходимо указать ему правильный методъ отыскиванія этихъ объективныхъ нормъ.

Въ чемъ же можетъ заключаться этотъ методъ и каковы эти внѣ судьи лежащіе источники положительнаго права? На первомъ мѣстѣ, конечно, стоитъ законъ. Но что такое представляетъ изъ себя въ самомъ существѣ своемъ этотъ послѣдній? Не имѣя возможности опредѣлить собой всякій конкретный случай, законъ даетъ не что иное, какъ лишь простую *инициативу* къ тому, какъ должно быть („la loi n'est guère plus, qu'une simple initiative à ce, qui doit être réellement et definitivement statué" p. 183), не что иное, какъ лишь *общее указаніе, руководство* („information" p. 580) со стороны компетентной власти. Значеніе этого руководства не должно расширяться такъ, какъ это имѣетъ мѣсто въ господствующемъ ученіи. Поскольку это руководство опредѣляетъ собою точно тѣ или другія конкретныя условія своего примѣненія, постольку оно по необходимости должно быть непререкаемо; но въ огромномъ большинствѣ случаевъ такъ не бываетъ: законъ говоритъ въ общихъ выраженіяхъ, законъ оставляетъ массу пунктовъ, имъ непредвидѣнныхъ, которые приходится восполнять. Для этого восполненія господствующее ученіе требуетъ выясненія истинной воли законодателя, насколько она можетъ быть открыта общеизвѣстными правилами законодательнаго толкованія. И въ этомъ именно лежитъ источникъ заблужденія, источникъ той тяжести, которая несомнѣнно чувствуется вездѣ въ настоящее время.

Ошибка заключается въ слѣдующемъ. Самый законъ, какъ авторитетное руководство, есть не что иное, какъ выводъ, сдѣланный компетентнымъ учрежденіемъ (законодателемъ) изъ того, что составляетъ верховный источникъ всякаго закона и права вообще,—изъ *природы вещей*, „*nature des choses*"

(p. 580). Вотъ эта природа вещей и должна быть верховнымъ принципомъ правильной интерпретаціонной методы, общимъ источникомъ, откуда судья можетъ черпать объективныя нормы для уясненія, восполненія и развитія положительнаго закона.

Конечно, говоритъ Жени, уже одно упоминаніе о природѣ вещей вызоветъ на мое ученіе всѣ тѣ упреки, которые дѣлаются обыкновенно *теоріямъ естественнаго права.* Разумѣется, эти теоріи въ такомъ видѣ, какъ онѣ развивались въ теченіе XVIII в., защищаемы быть не могутъ; но, съ другой стороны, и полное отрицаніе всякаго основанія за этими теоріями можетъ быть объяснено лишь какъ крайность позитивистической реакціи. Внѣ положительнаго порядка, складывающагося изъ элементовъ матеріальныхъ и подвижныхъ, и надъ этимъ порядкомъ есть другой порядокъ—*высшая природа вещей, состоящая изъ раціональныхъ принциповъ и неизмѣнныхъ моральныхъ сущностей* („En dehors et au dessus de la nature des choses positive, formée d'éléments materiels et mouvants, une sorte de la nature des choses supérieure, toute en principes rationels et en entités morales immuables—p. 481). И если эта *абсолютная справедливость* („cette justice absolue"—ibid.) прежде всего обязательна для законодателя, то она обязательна и для судьи тамъ, гдѣ пробѣлы положительныхъ источниковъ заставляютъ его самого творить право.

Для опредѣленія этой „природы вещей" судьѣ, конечно, нужны многія знанія и въ каждомъ конкретномъ случаѣ потребуется огромная умственная работа. Подобно самому законодателю въ такомъ же случаѣ, онъ долженъ будетъ тщательно проанализировать сущность представляющихся ему соціальныхъ явленій, опредѣлить коллидирующіе интересы и законы ихъ возможной гармоніи (p. 581—582). Работа, очевидно, трудная, но на помощь судьѣ въ этомъ отношеніи явятся традиція и авторитетъ (tradition et autorité), т. е. *судебная практика* и *юриспруденція* (p. 207).

Книга Жени вызвала громкій откликъ во французской литературѣ. Однимъ изъ первыхъ отозвавшихся на призывъ Жени былъ извѣстный Ліонскій профессоръ *Edouard Lambert.*

Въ своей статьѣ „*Une réforme nécessaire des études de droit civil*“, помѣщенной въ Revue internationale de l'enseignement 1900 г. (p. 216—243) и написанной спеціально по поводу книги Жени, затѣмъ въ большомъ сочиненіи „*La fonction du droit civil comparé*“, 1903 г. [1]); и наконецъ въ недавно появившейся статьѣ „*Le droit civil el la législation ouvrière*“ (въ Revue générale du droit, de la législation et de la jurisprudence 1904 г. livr. II, III, V) Ламберъ развиваетъ слѣдующія идеи.

Соглашаясь вполнѣ съ Жени въ томъ, что общепринятая метода интерпретаціи не способна реагировать на безпрестанно развивающіеся запросы жизни, что она осуждаетъ правовой порядокъ на неподвижность, и признавая необходимость иной, научной методы, Ламберъ, однако, горячо критикуетъ „природу вещей“, какъ тотъ принципъ, который можетъ быть положенъ въ основу этой послѣдней методы. Естественное право, даже въ такомъ видѣ, въ какомъ оно представляется Жени, не способно къ функціямъ положительнаго права; да и тѣ способы, при помощи которыхъ, по мнѣнію Жени, судья можетъ открыть объективную „природу вещей“, въ дѣйствительности весьма несовершенны. Изъ цѣлой серіи соціальныхъ наукъ, къ которымъ отсылаетъ для этой цѣли Жени, только одна политическая экономія достигла извѣстной степени научной достовѣрности, но и она можетъ дать судьѣ прочныя указанія лишь для небольшой части юридическихъ проблемъ. Остальныя же дисциплины, вродѣ соціальной психологіи или теоретическаго публичнаго права, находятся еще въ стадіи зарожденія и совершенно не въ состояніи служить для заполненія пробѣловъ положительнаго права. При такихъ условіяхъ судья въ концѣ концовъ при разрѣшеніи правовыхъ проблемъ будетъ предоставленъ только своимъ собственнымъ, личнымъ представленіемъ о правѣ или общественномъ благѣ [2]).

Гораздо болѣе прочную почву дастъ въ этомъ отношеніи,

---

[1]) Изложеніе этой книги см. въ рецензіи проф. Зигеля „Вѣстникъ Права“ 1904 г. Октябрь.

[2]) La fonction du droit comparé. p. 35 и сл.

по мнѣнію Ламбера, *сравнительное гражданское право— droit civil comparé* или *droit commun legislatif*. Подъ этимъ именемъ Ламберъ понимаетъ не сравнительное правовѣдѣніе въ современномъ смыслѣ, т. е. не то, которое интересуется архаическимъ правомъ некультурныхъ народовъ съ историческою цѣлью, а сравнительное право современныхъ культурныхъ странъ, живущихъ приблизительно въ одинаковыхъ соціально-экономическихъ условіяхъ. Изученіе родственныхъ въ этомъ отношеніи правовыхъ системъ въ ихъ законодательствѣ и въ ихъ практикѣ раскроетъ передъ творцами національнаго права цѣлый рядъ средствъ, при помощи которыхъ въ другихъ странахъ удовлетворяется одна и та же правовая проблема. Наилучшее, т. е. наиболѣе пригодное изъ этихъ средствъ, естественно будетъ восприниматься, и гражданское право будетъ, такимъ образомъ, интернаціонализироваться. Такъ возникнетъ общее гражданское право, которое, подобно германскому gemeines Recht, будетъ служить общимъ и объективнымъ источникомъ для развитія каждаго національнаго права какъ путемъ законодательства, такъ и путемъ интерпретаціи [1]).

Третьимъ очень талантливымъ теоретикомъ того же направленія является Парижскій профессоръ *Reimond Saleilles*, давшій свое предисловіе къ изложенной книгѣ Жени и затѣмъ развивавшій свои воззрѣнія неоднократно въ другихъ произведеніяхъ, особенно въ книгѣ по поводу новаго германскаго уложенія—„*De la declaration de volonté*“ (1901) и въ статьѣ „*Ecole historique et droit naturel*“ въ журналѣ *Revue trimestrielle* 1902 г. [2]).

Признавая, подобно Жени, что законъ для своего осуществленія нуждается въ живомъ посредникѣ, и что поэтому судьѣ должна быть предоставлена большая свобода движенія въ смыслѣ примѣненія тѣхъ началъ, которыми порождается самый законъ, [3]), Салейль расходится, однако, съ Жени въ

---

[1]) Revue int. de l'enseignement. p. 240 и сл.; La fonction. p. 895, 899, 901.

[2]) Ср. также его Introduction à l'étude du droit civil allemand. 1904; изложеніе этой книги—„Вѣстникъ Права“ 1904 г. № 4, особ. стр. 212.

[3]) „Il n'est même pas exact de dire, qu'il juge au nom de la loi et quë cette autorité supérieure, au nom de la quelle il interprete la loi, ce soit la loi elle-même.

самомъ опредѣленіи этихъ началъ. Если Жени въ качествѣ верховнаго руководителя предлагаетъ судьѣ „nature des choses“ или обновленное естественное право, „droit naturel“, то, по мнѣнію Салейля, онъ идетъ слишкомъ далеко. Я убѣжденъ, говоритъ онъ [1]), что въ дѣйствительности для установленія этого естественнаго права въ распоряженіи судьи не будетъ ничего инаго, кромѣ чисто субъективной оцѣнки съ точки зрѣнія индивидуальныхъ представленій о справедливости и морали; а это будетъ уже произволъ. Если намъ нужна интерпретація широкая и прогрессивная, то, съ другой стороны, мы съ полнымъ основаніемъ боимся интерпретаціи произвольной, хотя бы произвольной и безсознательно. Предоставить судьѣ, говоритъ онъ въ другомъ мѣстѣ [2]), право примѣнять per fas et ne fas свой идеалъ справедливости, морали или религіи—это значило бы сдѣлать изъ него агента соціальной анархіи. Всякій, кто пожелалъ бы логически и принудительно проводить въ жизнь соціальнаго организма какой либо абстрактный принципъ, явился бы только орудіемъ судебной тиранніи или судебной анархіи: это двѣ ипостаси одного и того же процесса—процесса логическаго примѣненія къ соціальной жизни абстрактныхъ принциповъ.

Свободная интерпретація и широкія полномочія, которыя мы требуемъ для судьи, продолжаетъ Салейль, допустимы лишь при томъ условіи, если мы будемъ въ состояніи дать для этой интерпретаціи какія-либо объективныя основанія. Тѣ императивные элементы, которые судья долженъ примѣнять и которыхъ онъ долженъ искать, непремѣнно должны имѣть объективную реальность, независимую отъ субъективнаго сознанія того, кто ихъ примѣняетъ [3]).

Эти объективные элементы могутъ быть найдены, по мнѣ-

Le juge applique la loi; il n'est pas l'organ de la loi. La loi n'est pas une autorité vivante; elle ne prend vie que par l'interpretation du juge. Voila pourquoi le juge doit tirer ses inspirations d'une autorité qui soit au-dessus de la loi elle-même, puisqu'elle doit servir à la vivifier“.—Volonté p. 289.

[1]) Revue trimestrielle I. p. 102.

[2]) Volonté p. 286.

[3]) Revue l. cit. p. 102.

нію Салейля, путемъ чисто позитивнымъ, въ трехъ слѣдующихъ областяхъ: въ *законодательной аналогіи* (l'analogie legislative), въ *общественномъ правосознаніи* (la conscience juridique collective) и въ *сравнительномъ правовѣдѣніи* (le droit comparé) [1]).

Законодательная аналогія, въ сущности, искони подъ видомъ уясненія истинной или предполагаемой воли законодателя старалась найти въ законѣ опору для судебной эволюціи, опредѣляемой цѣлями, для даннаго закона чуждыми—интересами практики и соображеніями справедливости. Въ этой роли законодательная аналогія и впредь можетъ сослужить праворазвитію хорошую службу.

Сравнительное правовѣдѣніе также имѣетъ громадное значеніе. Однѣ и тѣ же правовыя идеи болѣе или менѣе одинаково возникаютъ у всѣхъ народовъ, стоящихъ на равной ступени экономическаго и соціальнаго развитія; но у однихъ изъ этихъ народовъ идеи эти находятся еще въ неразвитомъ состояніи, межъ тѣмъ какъ у другихъ они получили уже болѣе или менѣе законченный видъ. Соображаясь съ этой болѣе законченной формой чужихъ законодательствъ, судья только будетъ восполнять идеи своего собственнаго народнаго законодательства.

Третьимъ, и притомъ, конечно, самымъ главнымъ руководителемъ судьи должно быть общественное правосознаніе. Въ соціальной жизни совершается постоянная эволюція. Измѣняются соціальныя условія, измѣняются вмѣстѣ съ тѣмъ и представленія—даже у тѣхъ, кто наиболѣе заинтересованъ въ сохраненіи statusquo. Идеи дѣлаютъ свое дѣло, и ничто не можетъ остановить ихъ шествія, даже интересы, которымъ онѣ противорѣчатъ. Мало по малу наступаетъ время, когда даже со стороны хозяевъ положенія—предпринимателей и патроновъ—начинаютъ исходить уступки и попытки примиренія, а поведеніе противоположное начинаетъ вызывать неудовольствіе. Такъ нарождается и устанавливается новое правосознаніе, и въ этотъ именно моментъ начинается роль судьи. Даже между

---

[1]) ibid. p. 106 и сл.

противниками грядущаго порядка образуется масса такихъ, которые готовы были-бы уступить и которые, если упорствуютъ, то лишь потому, что упорствуютъ другіе. Уловить этотъ моментъ, понять, что условія измѣненія назрѣли, и выступить иниціаторомъ этихъ назрѣвшихъ измѣненій,—въ этомъ и должна заключаться весьма благодарная соціальная роль судьи. Явившись въ роли такого соціальнаго примирителя (consiliateur social), судья превратитъ то, что было лишь идеаломъ меньшинства, въ окончательный обычай, и такимъ образомъ путемъ осторожныхъ опытовъ безъ радикальной ломки приспособитъ жизнь къ новымъ соціальнымъ условіямъ [1]), и самое право, благодаря этому, станетъ въ рукахъ судьи орудіемъ соціальнаго прогресса [2]).

Въ *Германіи* виднѣйшимъ представителемъ описываемаго направленія является безспорно *Рудольфъ Штаммлеръ*; все его сочиненіе „Die Lehre von dem richtigen Rechte“ (1902) въ значительной степени посвящено именно той проблемѣ, которая занимаетъ Жени, Ламбера и Салейля [3]).

До извѣстнаго пункта, именно до того самаго, который раздѣляетъ всѣхъ названныхъ французскихъ ученыхъ, и Штаммлеръ идетъ съ ними однимъ тѣмъ же путемъ. Если, говоритъ онъ, въ настоящее время замѣчается тенденція расширить свободу судейскаго усмотрѣнія, если новѣйшія законодательства подъ различными видами все чаще и чаще говорятъ о „freies richterliches Ermessen“, то, конечно, подъ этимъ послѣднимъ не должно разумѣться усмотрѣніе чисто личное и субъективное. Право обращается прежде всего къ своимъ подданнымъ; оно желаетъ установить извѣстное поведеніе этихъ послѣднихъ, извѣстный способъ сожительства. Какимъ же образомъ это поведеніе отдѣльныхъ лицъ можетъ быть поставлено въ зависимость отъ нѣкотораго *будущаго* рѣшенія третьяго лица, основаннаго на его *субъективно свободномъ* мнѣніи? Не значило-ли бы это осуществить арабскую

---

[1]) Volonté p. 286.
[2]) ibid. p. 287, ср Revue p. 108.
[3]) Изложеніе этого сочиненія см. Вѣстникъ права 1904 кн. 2.

пословицу: „христіанинъ узнаетъ мусульманское право, когда вернется изъ суда“? Не значило ли бы это обращаться къ подданнымъ съ такимъ приказаніемъ: „ведите себя такъ, какъ потомъ найдетъ нужнымъ по своему разумѣнію судья“? [1]).

Очевидно, говоря о свободномъ усмотрѣніи судьи, законъ имѣетъ въ виду нѣчто другое, какой-то объективный методъ отыскиванія подлежащихъ примѣненію нормъ. Въ чемъ же заключается этотъ методъ? Здѣсь прекращается общая всѣмъ наторенная дорога, наступаетъ моментъ, когда и Штаммлеръ начинаетъ прокладывать новый, свой собственный путь.

Путеводной звѣздой служитъ ему при этомъ его *идея справедливаго права.* Все право, даже положительное, есть не что иное, какъ „Zwangsversuch zum Richtigen“, какъ попытка регулировать общежитіе сообразно требованіямъ *соціальнаго идеала.* Этотъ соціальный идеалъ и долженъ быть верховнымъ началомъ, опредѣляющимъ какъ дѣятельность законодателя, такъ и дѣятельность судьи; отсюда въ конечномъ счетѣ долженъ выводить этотъ послѣдній нормы для своихъ рѣшеній. Всякіе иные критеріи, вродѣ морали, природы вещей, естественнаго права, естественнаго правового чувства, общественнаго правосознанія и т. п., сами по себѣ или неопредѣленны или ошибочны, а если содержатъ зерно истины, то лишь постольку, поскольку они выражаютъ ту же самую идею справедливаго права.

Въ чемъ же заключается соціальный идеалъ, и какъ его опредѣлить? Часто выставляются въ качествѣ таковаго свобода, равенство или наибольшая сумма счастья отдѣльныхъ гражданъ. Но эти опредѣленія ошибочны; соціальнымъ идеаломъ можетъ быть только такое общество, въ которомъ каждая отдѣльная личность будетъ разсматриваться, какъ самоцѣль, такое общество, которое можетъ быть характеризовано, какъ *союзъ свободно волящихъ личностей*—„*Gemeinschaft der freiwollenden Menschen.*

Но это верховное и абсолютное соціальное начало для своего приложенія къ жизни нуждается въ цѣломъ рядѣ по-

---

[1]) Die Lehre von dem richt. Rechte S. 161.

средствующихъ логическихъ операцій. Штаммлеръ чисто дедуктивнымъ путемъ пытается установить общіе этапы этой логической *методы справедливаго права*, опредѣляетъ его *принципы*, его „*прообразъ*“ (Vorbild), и наконецъ нисходитъ до „*практики справедливаго права*“,гдѣ на длинномъ рядѣ примѣровъ старается пояснить приложеніе своей „методы“.

Часто, говоритъ Штаммлеръ, тенденціи новѣйшихъ законодательствъ отсылать судью къ непосредственному рѣшенію на основаніи справедливаго права противопоставляютъ опасенія съ точки зрѣнія прочности и опредѣленности правосудія. Конечно, благодаря такому пріему, передъ юриспруденціей и судьями возникаютъ новыя и трудныя задачи; но задачи эти вовсе не являются неразрѣшимыми. Трудность состоитъ въ логическомъ выведеніи изъ общихъ началъ конкретныхъ рѣшеній, но эта трудность не составляетъ здѣсь чѣго-либо особеннаго, и во всякомъ случаѣ она можетъ быть въ высокой степени облегчена правильной постановкой науки о правѣ [1]).

III.

Остановимся пока на только что изложенныхъ ученіяхъ и *на основаніи ихъ* попытаемся уяснить себѣ сущность вопроса о свободномъ судейскомъ усмотрѣніи.

Если въ обычномъ—и, я бы позволилъ себѣ сказать, наивномъ—представленіи юристовъ-практиковъ, которымъ это новое направленіе въ значительной степени и обязано своимъ происхожденіемъ, „свободное усмотрѣніе“ судьи рисуется именно, какъ субъективно-свободное („по условіямъ случая“, „по требованіямъ справедливости“ „по совѣсти“ [2]) и т. д.), —то въ ученіяхъ теоретиковъ этого направленія дѣло представляется совершенно иначе. Всѣ они не находятъ достаточно сильныхъ выраженій, чтобы протестовать противъ этого представленія. Предоставить судьѣ примѣнять къ конкретнымъ

---

[1]) ibid. S. 305 и сл.

[2]) Ср. Боровиковскій. Отчетъ судьи. Законъ и судейская совѣсть. Хорошія замѣчанія по этому поводу см. І. Гессенъ. „Право“. 1904 г. № 43

дѣламъ свои личные взгляды на требованія справедливости или интересы общественнаго блага, это значило бы создавать судебную анархію; это значило-бы реализовать полную злой иронiи мусульманскую пословицу и т. д.—Если можетъ итти рѣчь о болѣе свободной интерпретаціи, о привлеченіи судьи къ „конкретному правотворенію“, то лишь подъ тѣмъ непремѣннымъ условіемъ, если мы въ состояніи будемъ дать ему такія или иныя, но *объективныя* начала. И вотъ на отысканіе этихъ объективныхъ началъ направляются всѣ ихъ старанія.

Въ чемъ же могутъ заключаться эти начала? Какъ мы видѣли, отвѣты предлагаются разные.

По мнѣнію Жени, такимъ общимъ и руководящимъ началомъ должна быть „природа вещей“, т. е. нѣкоторая абсолютная система „раціональныхъ принциповъ“ и „неизмѣнныхъ моральныхъ сущностей“.

Но эта идея „природы вещей“ не встрѣтила сочувствія у сотоварищей Жени по направленію: ее критикуютъ и отвергаютъ Ламберъ и Салейль; къ ней полностью относится и вся та критика, которую мы находимъ у Штаммлера по поводу „Naturrecht“ и разныхъ видовъ т. н. „ungeprüfter Rechtsauffassung“.

И въ самомъ дѣлѣ, даже независимо отъ полной неопредѣленности рекомендуемаго Жени понятія, его идея можетъ повести къ слѣдующимъ весьма тяжелымъ конфликтамъ.

Допустимъ, что судья, послѣ самой добросовѣстной и тщательной работы, достигъ безукоризненно правильнаго познанія „природы вещей“ и самымъ логическимъ образомъ вывелъ изъ нея всѣ дальнѣйшія посылки; онъ имѣетъ, такимъ образомъ, ясное мнѣніе о томъ, какъ нужно разрѣшать тотъ или другой типъ споровъ. Какъ быть, если вдругъ окажется, что это его мнѣніе стоитъ въ самомъ рѣзкомъ противорѣчіи со взглядами его современниковъ? Пусть эти взгляды совершенно ошибочны; но они общи, они господствуютъ въ обществѣ, они составляютъ „народное правосознаніе“. Долженъ ли судья склониться передъ этимъ общимъ, хотя и противнымъ

„природѣ вещей“ убѣжденіемъ, или же онъ вправѣ проводить свое по всѣмъ правиламъ логики выведенное мнѣніе?

По общему духу своего ученія, Жени долженъ склониться въ пользу послѣдней альтернативы, и мы видѣли, что именно это обстоятельство вызываетъ на его ученіе наиболѣе горячую критику Салейля: „предоставить судьѣ право примѣнять per fas et netas свой идеалъ справедливости, морали или религіи—это значило бы сдѣлать изъ него агента соціальной анархіи“.

Если же, напротивъ, отказаться отъ этого права судьи на безусловное проведеніе принциповъ „природы вещей“, если подчинить его „господствующимъ въ обществѣ воззрѣніямъ“,— то очевидно eo ipso приходится отказаться и отъ самой „природы вещей“, какъ верховнаго начала интерпретаціи, а взамѣнъ ея признать въ качествѣ таковаго начала „*общественное правосознаніе*“.

Ламберъ, какъ мы видѣли, въ качествѣ объективнаго руководства для интерпретаціонной дѣятельности судьи рекомендуетъ данныя *сравнительнаго или общаго гражданскаго права*. Нельзя отрицать, что данныя этого рода могутъ доставить весьма цѣнный матеріалъ для сужденія, но именно *только матеріалъ*, который еще долженъ быть *оцѣненъ* съ той или иной точки зрѣнія. Установивъ, путемъ изученія сравнительнаго гражданскаго права, тѣ способы, при помощи которыхъ въ различныхъ мѣстахъ разрѣшается та или другая юридическая проблема, судья долженъ будетъ опредѣлить, который же изъ этихъ способовъ долженъ быть признанъ наилучшимъ. Что же будетъ служить для судьи критеріемъ въ этой работѣ оцѣнки?

Ламберъ самъ не могъ не сознавать всей законности этого вопроса. Какъ ни много даетъ сравнительное гражданское право, говоритъ онъ, тѣмъ не менѣе само по себѣ оно не въ состояніи указать законодателю и судьѣ его соціальной обязанности. И тотъ и другой не только могутъ, но и должны каждый разъ задаваться вопросомъ, не слѣдуетъ ли, вмѣсто всѣхъ извѣстныхъ рѣшеній, найти какое либо новое, лучшее [1])?

[1]) La fonetion p. 896.

Говоря иначе, сравнительное гражданское право можетъ быть лишь средствомъ („инструментомъ“) [1]) въ рукахъ чего-то другого, что Ламберъ называетъ *юридической политикой*; и законодатель и судья и юристъ должны быть *политиками права*.

Но, если такъ, то вопросъ, очевидно, переносится въ область этой политики: какой же верховный критерій этой послѣдней? Ламберъ посвящаетъ не мало страницъ этому вопросу, очень подробно критикуетъ ученіе проф. Л. О. Петражицкаго о любви, какъ о верховномъ началѣ „цивильной политики“, отвергаетъ его, но самъ взамѣнъ не даетъ ничего. Всѣ его заявленія въ этомъ отношеніи сводятся все къ тѣмъ же общимъ фразамъ о „соціальныхъ потребностяхъ“, „условіяхъ современной жизни“ и т. д.,—словомъ, къ понятіямъ, для выясненія которыхъ въ рукахъ судьи не будетъ иныхъ средствъ, кромѣ тѣхъ, которыми можетъ быть раскрыта „природа вещей“ и которыя самъ же Ламберъ назвалъ весьма несовершенными.

Но даже допустивъ, что „юридическая политика“ Ламбера при помощи этихъ или какихъ нибудь иныхъ средствъ установитъ извѣстное положеніе, какъ соціально необходимое, мы все таки не избѣгнемъ того же вопроса, на который наводитъ ученіе Жени. Что, если это положеніе окажется противорѣчащимъ „общимъ воззрѣніямъ“, „народному правосознанію“?

Едва ли Ламберъ, съ его склонностью къ эмпиризму, сталъ бы на точку зрѣнія Жени и пожертвовалъ бы реальными воззрѣніями общества теоретическимъ умозаключеніямъ „юридической политики“. А если такъ, то и здѣсь очевидно, что въ концѣ концовъ верховнымъ началомъ интерпретаціонной дѣятельности судьи должно явиться не сравнительное гражданское право, какъ таковое, и даже не „юридическая политика“, а все то же—„общественное правосознаніе“.

Такъ дѣйствительно и рѣшаетъ *Салейль*, почему все его ученіе производитъ впечатлѣніе наиболѣе скромнаго, но и наиболѣе положительнаго изъ всѣхъ. Постараемся, однако, вглядѣться внимательнѣе и въ это ученіе.

[1]) Ibid. p. 902.

Старое романтическое представленіе объ „общественномъ правосознаніи“, какъ о нѣкоторомъ органическомъ раскрытіи „народнаго духа“, самопроизвольно воплощающемъ въ себѣ предустановленную „гармонію интересовъ“,—это представленіе теперь уже никого не обманываетъ. Общество въ каждый данный моментъ складывается изъ извѣстныхъ соціальныхъ *классовъ* съ противоположными классовыми интересами и съ болѣе или менѣе интенсивной борьбой за нихъ. И вотъ Штаммлеръ, анализируя идею „общественнаго правосознанія“, предлагаетъ цѣлый рядъ вопросовъ: гдѣ же при такихъ условіяхъ искать *общественное* правосознаніе? Что значитъ „*сподствующее* въ обществѣ воззрѣніе“? Значитъ ли это, что должно быть рѣшающимъ воззрѣніе *большинства*? И какого именно? и т. д. [1]).

Выше было описано, какъ рисуетъ себѣ Салейль желательную роль судьи въ качествѣ проводника „общественнаго правосознанія“. И онъ, конечно, смотритъ на современное общество, какъ на классовое общество, а на гражданскую жизнь, какъ на борьбу противоположныхъ интересовъ. Но, говоритъ онъ, надъ этой борьбой интересовъ совершается идейная эволюція общества. Идеи дѣлаютъ свое дѣло, и ничто не можетъ остановить ихъ шествія, даже интересы, которымъ онѣ противорѣчатъ. Даже въ рядахъ лицъ, связанныхъ этими интересами, мало по малу появляются такія, которыя готовы были бы уступить и которыя если упорствуютъ, то лишь потому, что упорствуютъ другія. Судья долженъ уловить надлежащій моментъ и своимъ рѣшеніемъ дать послѣдній толчокъ отжившему порядку, чтобы повергнуть его въ прахъ.

Не подлежитъ никакому сомнѣнію, что роль, которую предлагаетъ судьѣ Салейль, имѣетъ въ себѣ много симпатичнаго и подкупающаго. Но заключаетъ-ли все то, что говоритъ Салейль о „шествіи идей“, достаточно объективныхъ данныхъ для судьи,—тѣхъ данныхъ, безъ точнаго опредѣленія которыхъ, по собственному признанію Салейля, самый вопросъ о расширеніи судейскаго усмотрѣнія немыслимъ? „Уло-

---

[1]) Die Lehre von dem richt. Rechte. S. 154.

вить моментъ"!—но какъ опредѣлить наступленіе этого момента, какъ учесть броженіе соціальныхъ идей въ обществѣ и есть-ли у судьи достаточно пригодныхъ средствъ для этого? Вопросы, поставленные Штаммлеромъ, остаются вопросами.

Но далѣе. Хотя Салейль и не повторяетъ стараго ученія о гармоническомъ и безболѣзненномъ развитіи народнаго правосознанія, тѣмъ не менѣе и въ его представленіи содержится значительная доза идеализаціи. Конечно, идеи дѣлаютъ свое дѣло и даже въ рядахъ лицъ, заинтересованныхъ въ сохраненіи стараго порядка, посѣваютъ наклонность къ уступкамъ. Но въ каждый данный моментъ рядомъ съ лицами, которыя готовы уступить, есть все-таки и лица, которыя упорствуютъ и которыя до конца будутъ отстаивать свои интересы. Пусть ихъ будетъ немного, но они все-таки есть. То, что Салейль рекомендуетъ судьѣ, заключается просто въ томъ, чтобы, „уловивъ моментъ", игнорировать это меньшинство, т. е. во имя большинства совершить насиліе надъ меньшинствомъ. Не будетъ-ли это такая же судебная анархія и судебная тиранія? То обстоятельство, что она совершается надъ меньшинствомъ и во имя большинства, полагаемъ, самаго внутренняго характера подобнаго судебнаго приговора не измѣнитъ. И въ настоящее время право знаетъ случаи, когда интересы частныхъ лицъ принудительно приносятся въ жертву интересамъ общаго блага: это случаи *экспропріаціи*; но всякій знаетъ, какими гарантіями каждый случай этого рода обставляется. Не будетъ-ли приговоръ судьи, уловившаго по Салейлю моментъ, экспропріацій безъ такихъ гарантій? Не подлежитъ сомнѣнію, что многіе изъ тѣхъ, которые безропотно склонились бы передъ велѣніемъ закона, съ протестомъ встрѣтятъ экспропріирующее ихъ рѣшеніе отдѣльнаго лица, хотя бы и судьи [1]). А точно-ли подобное явленіе правовой психологіи не заслуживаетъ никакого вниманія? Не заключается-ли здороваго соціально-этическаго зерна истины въ извѣстномъ призывѣ Іеринга къ „борьбѣ за право"?

Безспорно, красива роль „соціальнаго примирителя", но

---

[1]) Ср. къ этому справедливыя замѣчанія Ламбера. La fonction. p. 137—138.

вѣдь примиреніе есть соглашеніе самихъ заинтересованныхъ лицъ; то же, что возлагаетъ Салейль на судью, выводитъ, очевидно, этого послѣдняго далеко за предѣлы пособника и посредника въ соглашеніи сторонъ.

Наконецъ, еще одно и, быть можетъ, самое существенное замѣчаніе.

Отвергнувъ „природу вещей“ Жени въ качествѣ общей директивы для правотворящей дѣятельности судьи, Салейль долженъ признать въ качествѣ таковой лишь простое общественное правосознаніе, какъ оно есть. Если, по идеѣ Жени, судья долженъ быть вождемъ общества на пути перестроенія его уклада въ духѣ „неизмѣнныхъ моральныхъ сущностей“, то по ученію Салейля судья есть только вѣрный и безсловесный слуга общественныхъ настроеній момента, или-лучше сказать—слуга тѣхъ интересовъ, которые въ данный моментъ побѣждаютъ. Всякая критическая оцѣнка борющихся интересовъ и складывающихся идейныхъ теченій для судьи исключается. Онъ долженъ лишь наблюдать за борьбой и въ тотъ моментъ, когда побѣждаемый противникъ готовъ уже упасть, дать свой послѣдній толчокъ и этимъ свалить его окончательно на землю. Кто побѣдитель, кто побѣжденный—для него безразлично; ведетъ-ли побѣждающее теченіе къ прогрессу общества или къ его регрессу—это выходитъ за предѣлы его компетенціи.

Есть-ли, при такой концепціи, теоретическое основаніе говорить о великомъ соціальномъ призваніи судьи? Есть-ли теоретическое основаніе утверждать, что судья будетъ всегда органомъ блага и прогресса?

Для этого нужна была-бы *вѣра* въ то, что общественныя воззрѣнія *всегда* и *неуклонно* эволюціонируютъ въ духѣ соціальнаго улучшенія, что всегда и неуклонно побѣждаютъ только тѣ интересы, которые приближаютъ общество къ лучшему будущему; говоря общѣе,—нужна полная вѣра въ то, что все, что совершается, совершается къ лучшему.

Блаженъ, кто такъ вѣруетъ; ему спокойно можно принять и ученіе Салейля. Но развѣ вся многовѣковая исторія человѣчества не даетъ намъ многочисленныхъ примѣровъ

противнаго? Развѣ она не даетъ намъ примѣровъ повальныхъ заблужденій, распространявшихся въ извѣстныя эпохи, примѣровъ крупныхъ ошибокъ, которыя своими послѣдствіями нерѣдко надолго задерживали движеніе впередъ? Нужно-ли напоминать о временахъ религіозной нетерпимости, эксцессахъ національной вражды и тому подобныхъ явленіяхъ?

Нельзя поэтому отказать въ справедливости тѣмъ замѣчаніямъ, которыя дѣлаетъ въ этомъ отношеніи Штаммлеръ.

Если-бы даже, говоритъ онъ [1]), и можно было какимъ-нибудь образомъ констатировать наличность того или иного „общественнаго правосознанія“, въ чемъ санкція его цѣлесообразности“, его соотвѣтствія общимъ, верховнымъ задачамъ права?—Никто, конечно, не станетъ рѣшать вопросъ о заразительности или незаразительности болѣзни или вопросъ о природѣ кометъ на основаніи господствующихъ въ обществѣ воззрѣній. Равнымъ образомъ, ни одинъ юристъ не станетъ считаться съ ними, если зайдетъ рѣчь о понятіи права собственности, юридическаго лица, уголовно-правоваго покушенія или государственнаго суверенитета. Какъ-же можно практически болѣе важные вопросы, какъ напримѣръ вопросъ о томъ, должно-ли содержаніе юридической сдѣлки быть матеріально справедливымъ, ставить въ зависимость отъ подсчета случайныхъ мнѣній отдѣльныхъ членовъ общества?!

И дѣйствительно, общественное мнѣніе, *какъ таковое*, какихъ-бы предметовъ оно ни касалось, не можетъ имѣть силы какого-либо обязательнаго императива. Съ точки зрѣнія планомѣрной правовой политики то или другое общественное мнѣніе можетъ оказаться явленіемъ желательнымъ, или, напротивъ, явленіемъ нежелательнымъ. Если-бы законодательство поставило себѣ только задачу слѣдовать слѣпо за измѣняющимися общественными теченіями, оно отказалось бы отъ великой лежащей на немъ обязанности быть руководителемъ и активнымъ устроителемъ соціальныхъ отношеній. Если-бы оно предоставило судьѣ бланкетное право руководствоваться общественнымъ мнѣніемъ, оно рисковало бы тѣмъ, что въ

---

[1]) l. cit. S. 154.

томъ или другомъ случаѣ судья станетъ проводникомъ тѣхъ общественныхъ теченій, которыя законодательствомъ какъ-разъ были-бы признаны нежелательными, антисоціальными.

Если общественное мнѣніе, какъ таковое, не заключаетъ въ себѣ самомъ санкціи своей цѣлесообразности, своего соотвѣтствія общимъ задачамъ права, если оно можетъ быть то желательнымъ, то нежелательнымъ,—то, очевидно, критерій этой желательности или нежелательности нужно искать въ чемъ-то другомъ.

И Штаммлеръ находитъ этотъ критерій въ понятіи *соціальнаго идеала* Если необходимо какое-либо общее руководящее начало для всей области правовой политики, а въ томъ числѣ и для болѣе цѣлесообразной интерпретаціонной методы, то такое начало можетъ заключаться только въ соціальномъ идеалѣ. Уяснивъ требованія этого послѣдняго, мы получимъ, какъ для общей оцѣнки юридическихъ институтовъ, такъ и для рѣшенія отдѣльныхъ конкретныхъ споровъ, ту необходимую прочную основу, безъ которой и наше законодательство и наша юрисдикція будутъ бродить лишь ощупью въ потемкахъ. И какъ мы знаемъ, все дальнѣйшее изложеніе Штаммлера дѣйствительно посвящено формулированію соціальнаго идеала и выведенію изъ общаго его существа дальнѣйшихъ, болѣе частныхъ, посылокъ.

Для нашего вопроса намъ незачѣмъ слѣдовать за нимъ въ этихъ его дальнѣйшихъ дедуктивныхъ построеніяхъ. Общее отношеніе Штаммлера къ нашему вопросу уже изъ сказаннаго выясняется достаточно, и мы видимъ, что это отношеніе приближаетъ его болѣе къ Жени, чѣмъ къ Салейлю. Разница заключается только въ томъ, что на мѣсто „природы вещей“ Штаммлеръ ставитъ понятіе соціальнаго идеала. Но подвигается-ли отъ этого разрѣшеніе нашего вопроса впередъ?

Не будемъ становиться на точку зрѣнія „наивнаго реализма“, для котораго „соціальный идеалъ“ не менѣе „природы вещей“ и другихъ тому подобныхъ понятій является лишь праздным продуктомъ нашего воображенія. Не станемъ повторять тѣхъ многочисленныхъ ироническихъ вопросовъ и

замѣчаній, которые такъ часто приходится выслушивать, разъ рѣчь заходитъ объ этихъ понятіяхъ. Мы, напротивъ, готовы признать вмѣстѣ съ Штаммлеромъ и другими сторонниками такъ назыв. „новаго естественнаго права“ великую правоосвѣщающую и правосозидающую силу идеальныхъ требованій человѣчества.

Вопросъ, однако, заключается не въ этомъ, а въ томъ, можно-ли довѣрить выясненіе и осуществленіе соціальнаго идеала отдѣльному лицу, отдѣльному судьѣ?

Какъ бы кто ни опредѣлялъ сущность соціальнаго идеала, никто, я думаю, не станетъ отрицать, что понятіе это и теперь является и еще долго будетъ являться вопросомъ весьма спорнымъ. Формула самого Штаммлера „Gemeinschaft der frei wollenden Menschen“ едва-ли разрѣшила вопросъ окончательно; думаемъ, что ее такъ же будутъ оспаривать, какъ онъ самъ оспариваетъ формулы, предложенныя раньше его.

Но даже и въ томъ случаѣ, если-бы мы приняли ту или другую формулу соціальнаго идеала, отъ нея до конкретныхъ вопросовъ жизни очень далеко. Чтобы вывести изъ нея то или другое рѣшеніе практическаго случая, требуется, какъ показываетъ и самъ Штаммлеръ, очень длинная цѣпь дедуктивныхъ умозаключеній. Если цѣлые народы и цѣлыя школы теоретиковъ могутъ сбиваться въ этомъ процессѣ умозаключеній съ правильнаго пути на томъ или другомъ членѣ этой цѣпи, то не сбиться отдѣльному человѣку, отдѣльному судьѣ во много разъ труднѣе.

Какъ мы видѣли выше, Штаммлеръ самъ сознаетъ эту опасность, но онъ думаетъ, что эта опасность можетъ быть въ значительной степени уменьшена правильной постановкой науки о правѣ.

Допустимъ и это; но здѣсь становится предъ нами роковой вопросъ — тотъ самый, на которомъ разбилось родственное ученіе Жени.

Пусть судья самымъ правильнымъ образомъ изъ самого правильнаго понятія соціальнаго идеала выведетъ рѣшеніе для даннаго конкретнаго случая: что, если это его рѣшеніе окажется въ полномъ противорѣчіи съ общими или господ-

ствующими, хотя-бы и неправильными, воззрѣніями его современниковъ?

Какъ разрѣшилъ бы Штаммлеръ этотъ вопросъ, мы не знаемъ; но очевидно, что здѣсь можетъ быть только два рѣшенія:

Или отдать предпочтеніе велѣнію соціальнаго идеала и, игнорируя общее воззрѣніе современниковъ, „per fas et nefas примѣнять свой идеалъ справедливости“,

Или же смириться передъ „господствующими въ обществѣ воззрѣніями“ и такимъ образомъ отказаться отъ примата соціальнаго идеала!

По истинѣ безысходная дилемма! Рѣшившись на первое, мы водворимъ „судебную анархію“ и „судебную тираннію“; избравъ второе, мы возвратимся къ безпринципности ученія Салейля, ибо, какъ это превосходно показалъ самъ Штаммлеръ, „общественное правосознаніе“, безъ санкціи со стороны тѣхъ или иныхъ соображеній соціальной политики, оказывается лишеннымъ всякой императивной силы, а вслѣдствіе этого и всякаго правосозидающаго значенія!

Если мы подведемъ итогъ тому, насколько, благодаря изложеннымъ ученіямъ, подвинулся вопросъ о болѣе широкомъ усмотрѣніи судьи, то нашъ выводъ будетъ печаленъ: всѣ эти попытки теоретически обосновать свободное судебное правотвореніе привели только къ ихъ взаимному уничтоженію. Коровы тощія пожрали коровъ полныхъ, но сами не стали отъ этого полнѣе. Самый вопросъ объ объективныхъ началахъ болѣе свободной интерпретаціи остается и послѣ этихъ опытовъ въ первоначальной, до-научной фазѣ своего существованія.

VI.

Мы умолчали, однако, до сихъ поръ еще объ одномъ опытѣ въ томъ же направленіи, именно объ ученіи, которое развиваетъ другой нѣмецкій ученый, *Ehrlich* (профессоръ въ Черновицѣ) въ своемъ докладѣ, сдѣланномъ въ мартѣ 1903 г. въ Вѣнскомъ юридическомъ обществѣ и изданномъ затѣмъ

отдѣльной книжкой—„*Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft*“ (1903).

Столь обычное у насъ въ настоящее время требованіе, чтобы всякое судебное рѣшеніе было основано на правилахъ положительнаго права, свойственно, говоритъ Эрлихъ, лишь тѣмъ народамъ, которые реципировали римское право. Другимъ народамъ это представленіе совершенно чуждо: таковы, напримѣръ, англичане, древніе германцы, таковы даже самые римляне. Задачей судьи считается у нихъ лишь справедливое, соотвѣтствующее условіямъ даннаго случая, рѣшеніе. Конечно, судья при этомъ связанъ закономъ, обычаемъ, традиціей и прежними судебными рѣшеніями, но все это разсматривается не какъ основаніе для рѣшенія, а лишь какъ граница, до которой идетъ свобода судьи [1]). Лишь рецепція римскаго права вноситъ въ дѣятельность судьи глубокое измѣненіе, и лишь съ этого момента устанавливается указанное требованіе.

Но это требованіе совершенно несостоятельно. Всякая система положительнаго права необходимо исполнена пробѣловъ и къ тому же, можно сказать, является всегда устарѣлой даже въ самый моментъ своего рожденія. Съ другой стороны, судьи, дѣти своего народа и своего времени, неизбѣжно будутъ примѣнять право въ духѣ народа и времени, а не въ духѣ прошедшихъ столѣтій и не въ духѣ „намѣреній законодателя“, и никакая сила ничего противъ этого подѣлать не можетъ [2]).

До сихъ поръ, такимъ образомъ, и Эрлихъ въ общихъ чертахъ идетъ общей дорогой. Но вотъ приближается роковой моментъ: если свободное правотвореніе (Rechtsfindung) судьи неизбѣжно и теоретически вполнѣ законно, то въ чемъ могутъ заключаться гарантіи того, что это свободное правотвореніе не превратится въ свободное проявленіе произвола, въ „судебную анархію“ или „судебную тираннію“?

Отвѣтъ Эрлиха кратокъ и ясенъ: *нѣтъ и не можетъ*

---

[1]) l. cit. S. 1.
[2]) l. cit. S. 17.

быть иныхъ гарантій правосудія, кромѣ самой личности судьи. Только благодаря тому, что центръ тяжести въ юрисдикціи былъ искусственно перенесенъ на законодательство, оказалось возможнымъ надолго затемнить для насъ ту простую мысль, что судебныя задачи требуютъ отъ судей такую степень интеллектуальной и нравственной силы, которая далеко превышаетъ уровень обычнаго. Только такимъ образомъ можно было забыть, что не всякій дорослъ до этихъ задачъ, кто только выдержалъ экзаменъ и показалъ на практикѣ способность до извѣстной степени разбираться въ параграфахъ. Но и ошибки имѣютъ свою логику. Параграфы, какъ стражи юстиціи и судейской безпартійности, требуютъ въ свою очередь стражей, которые бы слѣдили за тѣмъ, чтобы первые не дремали. *Отсюда инстанціонный порядокъ и несчастный принципъ коллегіальности, которые совершенно уничтожаютъ индивидуальность* [1]).

Отпечатокъ личности правосудіе имѣло всегда, и во всѣ времена на него дѣйствовали общественныя, политическія и культурныя теченія современности. Дѣло заключается только въ томъ, чтобы этотъ фактъ не считать зломъ, хотя-бы неизбѣжнымъ, а, напротивъ, радостно привѣтствовать и всѣ силы обратить на то, чтобы личность, которой выпадаетъ эта роль, была ея достойной. *Проблема свободнаго правотворенія есть, такимъ образомъ, не проблема матеріальнаго права, а проблема выбора судей, т. е. проблема судоустройства, которое должно обезпечивать просторъ сильной личности* [2]).

При такой постановкѣ въ какихъ либо дальнѣйшихъ правилахъ интерпретаціи судья не нуждается, и потому Эрлихъ съ величайшимъ одобреніемъ относится къ проекту Швейцарскаго гражданскаго уложенія, первый параграфъ котораго постановляетъ: если судья не найдетъ рѣшенія въ законѣ или обычаѣ, онъ долженъ рѣшать сообразно наукѣ и

---

[1]) l. cit. S. 21—22, S. 29.

[2]) l. cit. S. 30. «Die freie Rechtsfindung ist daher nicht eine Frage des materiellen Rechtes, sondern der Auswahl der zum Richteramte berufenen Personen also in letzter Linie die Frage einer Gerichtsorganisation, die starke Persönlichkeiten zur Geltung kommen lässt».

традиціи (nach bewährter Lehre und Ueberlieferung); если же и здѣсь онъ не найдетъ никакихъ указаній, онъ долженъ *поступать такъ, какъ онъ поступилъ бы, если бы былъ законодателемъ* [1]).

Если, напротивъ, что либо нуждается въ большемъ контролѣ и большемъ регулированіи, то это *оцѣнка доказательствъ*. Съ устраненіемъ теоріи формальныхъ доказательствъ мы впали въ противоположную крайность, въ полную въ этомъ отношеніи анархію („so entstand die vollständige Beweisanarchie“). Мы усматриваемъ большую опасность въ свободѣ судейскаго усмотрѣнія и совершенно не обращаемъ вниманія на то обстоятельство, что самая нелѣпая оцѣнка того или другого свидѣтельскаго показанія не подлежитъ ревизіонному пересмотру. Внести сюда бо́льшую я́сность и бо́льшій порядокъ составляетъ одну изъ настоятельнѣйшихъ задачъ науки и законодательства [2]).

Таково это ученіе, чрезвычайно любопытное, какъ по своей оригинальности, такъ и по своей рѣшительности.

Едва-ли можно сомнѣваться въ томъ, что оно будетъ встрѣчено сторонниками болѣе свободной интерпретаціонной методы самымъ энергичнымъ протестомъ. Какъ мы видѣли, основною причиной, заставляющей ихъ искать какого-либо общаго и объективнаго начала интерпретаціи, является сознаніе необходимости оградить гражданскую юрисдикцію отъ субъективизма отдѣльныхъ судей, т. е. именно отъ вліянія той или иной *личности*. И вдругъ на всѣ ихъ попытки въ этомъ направленіи отвѣчаютъ: нѣтъ и не можетъ быть иныхъ гарантій процвѣтанія правосудія, кромѣ самой личности судящихъ; проблема болѣе свободнаго правотворенія есть вовсе не проблема матеріальнаго права, а проблема судоустройства; это послѣднее должно обезпечивать просторъ *сильной* личности, и все вниманіе должно быть направлено на надлежащій подборъ этихъ личностей! Эти идеи идутъ настолько въ разрѣзъ съ общимъ тяготѣніемъ современности къ *объективному право-*

---

[1]) l. cit. S. 25.
[2]) l. cit. S. 39—40.

вому порядку, что, повторяемъ, едва-ли Эрлихъ найдетъ себѣ сторонниковъ даже въ лагерѣ тѣхъ, къ которымъ онъ себя причисляетъ.

И мы, конечно, не возьмемъ на себя его защиты. Но такъ ли ужъ далеко отошелъ Эрлихъ по существу отъ прочихъ сторонниковъ „судебнаго правотворенія“, какъ это кажется съ перваго взгляда? Не заключается ли *по существу* вся разница между ними только въ томъ, что Эрлихъ смѣло провозглашаетъ то, къ чему приведутъ практически ученія другихъ? Не есть ли смѣлость Эрлиха смѣлость искренности, смѣлость назвать прямо то, что другіе, конечно, для себя безсознательно, собственнымъ именемъ назвать боятся?

Пересматривая выше ученія Жени, Ламбера, Салейля и Штаммлера, мы видѣли, что каждый слѣдующій изъ этихъ авторовъ бросаетъ своимъ предшественникамъ однообразный упрекъ—упрекъ въ томъ, что предлагаемый ими верховный принципъ интерпретаціи слишкомъ неясенъ и слишкомъ неопредѣленъ. Салейль находитъ такимъ „природу вещей“ Жени, Штаммлеръ—„общественное правосознаніе“ Салейля; едва-ли можно сомнѣваться въ томъ, что такой же приговоръ со стороны другихъ ожидаетъ „соціальный идеалъ“ самого Штаммлера. Что же обозначаетъ въ существѣ этотъ упрекъ, какъ не указаніе на то, что всѣ эти „верховныя начала“ слишкомъ расширяютъ дорогу судейскому субъективизму?

Каждый изъ защитниковъ „болѣе свободной методы толкованія“, какой бы „верховный принципъ“ этого толкованія онъ ни выставлялъ, неизбѣжно сопровождаетъ этотъ принципъ однообразнымъ post-scriptum: „конечно, эта метода ставитъ для современнаго судьи задачу болѣе трудную и сложную, задачу, разрѣшеніе которой потребуетъ отъ него широкихъ знаній, тонкаго чутья и такта; но, конечно, современный судья съ честью выполнитъ эту задачу“ и т. д., и т. д. Не стало ли это „выраженіе довѣрія“ судьѣ стереотипнымъ мѣстомъ почти во всѣхъ учебникахъ и комментарахъ новаго германскаго уложенія?

Чѣмъ же инымъ вызывается необходимость этого довѣрія, какъ не сознаніемъ неопредѣленности тѣхъ руководящихъ

началъ, которыя даются судьѣ, какъ не сознаніемъ того, что въ конечномъ счетѣ надлежащее выполненіе этихъ началъ будетъ зависѣть лишь отъ чутья или такта судьи, т. е. именно отъ извѣстныхъ свойствъ его *личности?* Свобода усмотрѣнія, которая ему дается, такъ широка, что ее можно употребить въ добро, но можно употребить и во зло; будетъ ли одно или другое—это зависитъ уже не отъ какихъ либо правовыхъ, для судьи внѣшнихъ, причинъ, а исключительно отъ него самого.

А что же иное, какъ не это, утверждаетъ Эрлихъ?

Весьма характернымъ въ этомъ смыслѣ является слѣдующее признаніе Ламбера, вырвавшееся у него въ самой послѣдней изъ его работъ, посвященныхъ защитѣ „новой методы“. Защищая эту послѣднюю отъ упрека въ субъективизмѣ и утверждая, что при традиціонной методѣ воможность субъективизма не меньше, онъ въ заключеніе говоритъ: „устранить рискъ судейскаго субъективизма мы можемъ не той или иной методой интерпретаціи, *а только усиленіемъ мѣръ для обезпеченія лучшаго подбора магистратуры и для развитія въ ея средѣ чувства профессіональной отвѣтственности*“ [1]).

Какъ видимъ, признаніе совершенно въ смыслѣ Эрлиха. Отъ этого послѣдняго Ламберъ отличается только тѣмъ, что въ слѣдующихъ затѣмъ строкахъ онъ признаетъ „несчастный“ инстанціонный порядокъ, напротивъ, желательнымъ.

Сдѣланное выше сопоставленіе ученій Жени, Ламбера, Салейля и Штаммлера привело насъ къ убѣжденію, что всѣ попытки отыскать тѣ или иныя объективныя начала болѣе свободной интерпретаціи, *даже подъ условіемъ допущенія ихъ дѣйствительной объективности*, приводятъ или къ узаконенію „судебной анархіи“ и „судебной тиранніи“ или же къ лишенію „правотворящей“ дѣятельности судьи всякаго идейнаго,

---

[1]) Revue générale de droit. 1904. V. p. 461. „C'est n'est point en imposant aux juges l'emploi d'instruments de divination (традиціонная метода) au lieu de procédés de recherche scientifique, que nous reussirons à combattre les risques d'arbitraire judiciaire; c'est en multipliant les precautions tendant à assurer le bon recrutement de la magistrature et à y developper la culture et le sentiment de la responsabilité professionelle“.

принципіальнаго содержанія. Ученіе Эрлиха, содержа въ себѣ *сдѣланное сторонникомъ* этого направленія *признаніе полной невозможности найти какія либо объективныя начала* независимой отъ закона интерпретаціи, довершаетъ гибель отмѣченныхъ попытокъ и окончательно констатируетъ юридическую безнадежность вопроса.

V.

Провѣривъ критически теоретическія основы рекомендуемой новой методы интерпретаціи, обратимся, однако, съ подобной провѣркой и къ традиціонной методѣ: можетъ быть, и ея основы такъ же мало прочны, какъ и основы первой?

Откуда, въ самомъ дѣлѣ, пошла эта традиціонная метода? Въ чемъ ея историческіе и теоретическіе корни? Какъ могло возникнуть требованіе, чтобы судья основывалъ свои рѣшенія непремѣнно на волѣ закона?

Мы видѣли, какъ отвѣчаетъ на этотъ вопросъ Эрлихъ. Требованіе это, говоритъ онъ, отнюдь не есть какое либо общее и для всякаго правового строя непремѣнное явленіе. У англичанъ, древнихъ германцевъ, даже у самихъ древнихъ римлянъ его не было; задачей судьи являлось у нихъ лишь найти справедливое, соотвѣтствующее условіямъ даннаго случая рѣшеніе. Законъ, обычай или судебная практика имѣли у нихъ значеніе лишь той границы, до которой можетъ итти свобода судейскаго усмотрѣнія. Требованіе же для каждаго рѣшенія непремѣнно отыскивать волю закона, это требованіе обязано своимъ происхожденіемъ лишь *рецепціи римскаго права*.

Подробнѣе, но въ томъ же смыслѣ, отвѣчаетъ и Ламберъ [1]).

Въ эпоху далекой старины и глубокаго народнаго невѣжества, говоритъ онъ, юриспруденція была дѣломъ маговъ и жрецовъ, этихъ посланниковъ божества на землѣ. Когда они выступали въ роли совѣтниковъ или судей, они естественно должны были прикрывать свои мнѣнія или рѣшенія автори-

---

[1]) Особенно въ Revue générale de droit, 1904. II. III.

тетомъ божества и выставлять ихъ, какъ толкованіе божественной воли, ибо только на этомъ могла основываться сила ихъ приговоровъ. Такой характеръ имѣла и знаменитая interpretatio juris древне-римскихъ понтификовъ, чрезвычайно умѣло развитая ими въ цѣлую систему юридическихъ правилъ. Позже боги перестали интересоваться житейскими дѣлами людей, право изолировалось отъ религіи. Вмѣстѣ съ тѣмъ и понтифики естественно утратили монополію толкованія права; ихъ мѣсто заняли свѣтскіе юристы. Но старое представленіе о сущности interpretatio juris было по традиціи перенесено и на этихъ послѣднихъ. Юристы классической эпохи, обязанные своимъ соціальнымъ положеніемъ именно тому, что они являлись наслѣдниками понтификовъ, конечно, не могли порвать съ традиціями своихъ наслѣдодателей. Они старательно сохранили орудія, приспособленныя для пользованія жрецовъ, экспертовъ божественной воли; по ихъ примѣру и они продолжали выставлять себя лишь простыми истолкователями нѣкоторой воли, стоящей выше нихъ. Но такъ какъ боги уже ничего не говорили юристамъ, то на мѣсто ихъ были поставлены старые римскіе обычаи, народной вѣрой преобразованные въ законодательный кодексъ (XII таблицъ) [1]).

Современные юристы пошли по стопамъ своихъ римскихъ воспитателей. Они сохранили завѣщанный имъ пріемъ, который доставлялъ двойную выгоду: съ одной стороны, благодаря ему, возвышался въ глазахъ толпы престижъ ихъ науки, а съ другой стороны, значительно экономились ихъ силы. Они громко провозглашаютъ, что они только толкователи; они открещиваются отъ подозрѣнія, что они гдѣ-нибудь и что-нибудь изобрѣтаютъ; они настаиваютъ, что они только поясняютъ и развиваютъ чужую мысль. Но чью? Быстрое развитіе законодательства дало имъ удобный субстратъ, который можно было подставить на мѣсто упраздненныхъ боговъ:

---

[1]) Нужно имѣть въ виду, что по мнѣнію Ламбера (статья „La question de l'autenticité de XII tables“ въ Nouvelle revue historique de droit 1902), законы XII т. вовсе не были *законы*, изданные децемвирами, а лишь частный (и довольно поздній) сборникъ юридическихъ обычаевъ. См. объ этой гипотезѣ въ той же Nouv. Revue, статью G i r a r d'a, который основательно ее опровергаетъ.

юристы объявили себя истолкователями воли закона совершенно въ томъ же смыслѣ, какъ нѣкогда ихъ предшественники провозглашали себя вѣстниками божественныхъ велѣній. Это тѣмъ болѣе походило на правду, что дѣйствительно законодательство стало все болѣе и болѣе активно вмѣшиваться въ юридическую жизнь и все большее и большее количество проблемъ стало находить въ немъ прямое разрѣшеніе. Когда дѣло идетъ о такихъ проблемахъ, юристъ, не насилуя истины, можетъ говорить о себѣ, какъ о простомъ толкователѣ воли закона; но онъ невольно обманываетъ кліента, когда утверждаетъ, что онъ *и всегда* не выходитъ изъ этой роли.

Различая, далѣе, два вида интерпретаціи—*interpétation par les principes* и *interprétation par les précedents*, Ламберъ говоритъ, что первый видъ (традиціонная метода толкованія) укрѣпился только тамъ, гдѣ юридическая мысль взросла подъ опекой романистики. Для средневѣковыхъ юристовъ Corpus juris былъ чѣмъ-то вродѣ книги премудрости, и потому естественно сталъ разыгрывать ту роль, которую играли для римскихъ понтификовъ боги. Всякая проблема *должна* была имѣть свое разрѣшеніе въ этой книгѣ, и дѣйствительно въ рукахъ легистовъ Corpus juris исполнялъ то же самое, что въ рукахъ ловкаго фокусника исполняетъ шляпа его простодушнаго зрителя. Они находили тамъ детальную регламентацію такихъ институтовъ, какъ ленъ и т. д., о которыхъ римская жизнь и понятія не имѣла. И все это они продѣлывали при помощи провозглашеннаго ими юридическаго духа—*ésprit juridique*—или юридическихъ принциповъ, которые и донынѣ являются основой традиціонной методы интерпретаціи.

Таково мнѣніе Ламбера о происхожденіи традиціонной методы.—Конечно, Ламберъ, по ироническому замѣчанію своего коллеги, профессора въ Aix-Marseille, *César-Bru* [1]), „все

[1]) Въ той же Revue générale de droit. 1904, IV, статья „La méthode d'interpretation du droit civil. La coutume et le droit comparé“ p. 347 note 1: „M. Lambert est un érudit de premier ordre et un historien de race. Il sait tout, et il veut nous apprendre tout ce qu'il sait; peut être, comme je le dis alleurs, ne le fait il pas toujours au bon moment“.

знаетъ"; тѣмъ не менѣе мы все-таки думаемъ, что историко-философское основаніе его ученія не соотвѣтствуетъ его категоричности.

Содержа въ себѣ нѣсколько вполнѣ справедливыхъ, но до банальности избитыхъ, замѣчаній по поводу идолопоклонства средневѣковыхъ легистовъ передъ Corpus juris, ученіе Ламбера сводитъ все представленіе о томъ, что судья и юристъ (догматикъ) должны быть только истолкователями нормъ закона, если не къ своекорыстнымъ побужденіямъ этого сословія, то во всякомъ случаѣ къ его глубокому невѣжеству, которое заставляетъ его, какъ нѣкогда жрецовъ, непремѣнно изъ чего-нибудь создавать себѣ кумира. Если въ древнее время такимъ кумиромъ было божество, то теперь въ его роли является законъ. Отчасти обманъ, отчасти самообманъ—вотъ, по мнѣнію Ламбера, истинныя историческія основы этого традиціоннаго представленія.

Полный разборъ всѣхъ историческихъ и теоретическихъ ученій Ламбера, особенно въ такомъ объемѣ, какъ они изложены въ его упомянутомъ большомъ сочиненіи, не можетъ, конечно, входить въ нашу задачу: такой разборъ завелъ-бы насъ какъ въ области исторіи, такъ и въ области теоріи права очень далеко, въ сферу вопросовъ очень трудныхъ и очень спорныхъ. Мы ограничимся поэтому лишь тѣмъ, что непосредственно необходимо для нашей цѣли.

VI.

Право въ смыслѣ правопорядка, регулирующаго человѣческія отношенія, обязано, конечно, своимъ происхожденіемъ той же *борьбѣ за существованіе*, которая является основнымъ двигателемъ эволюціи во всемъ органическомъ мірѣ. Потребность лучшей борьбы за существованіе вызвала возникновеніе первыхъ еще очень несложныхъ союзовъ съ едва обозначающимися признаками власти и организаціи, съ едва уловимыми зародышами общественныхъ обязанностей и субъективныхъ правъ. Тяжелый опытъ жизни своими непрестанными ударами и пинками внѣдрялъ въ первобытнаго человѣка

привычку поступать такъ, а не иначе, привычку повиноваться власти и не нарушать интересовъ своихъ сотоварищей. Такъ путемъ *медленнаго процесса психическаго приспособленія* складывались первыя системы общеобязательныхъ правилъ, т. е. правовыхъ нормъ.

Пріучаемый путемъ опыта къ извѣстному соціальному поведенію, первобытный человѣкъ такъ же мало понималъ и сознавалъ природу и цѣль права, какъ мало понималъ онъ природу грома и молніи, тепла и холода, дня и ночи. Онъ только *приспособлялся;* для сознанія же и рефлексіи у него еще не было достаточно интеллектуальныхъ силъ. *Созданіе права совершалось, такимъ образомъ, всецѣло безсознательнымъ, инстинктивнымъ процессомъ.*

Когда затѣмъ мысль человѣческая окрѣпла настолько, что стала уже обращаться и къ соціальнымъ явленіямъ съ вопросами—зачѣмъ и почему, она, конечно, не находила на первыхъ порахъ на эти вопросы иного отвѣта, кромѣ: потому, что такъ было и есть. Какъ извѣстно, древнѣйшей формой права вездѣ являлся *обычай, mores majorum, старина, пошлина.* Высшей и наиболѣе авторитетной санкціей того или иного правила являлась его старина, его исконность и выражавшаяся въ этомъ мудрость дѣдовъ и прадѣдовъ. И когда въ томъ или иномъ случаѣ возникалъ споръ о правѣ или неправѣ, задачей суда было выяснить, что повелѣвалъ бы въ данныхъ отношеніяхъ старый, освященный авторитетомъ предковъ обычай. Конечно, подъ формой толкованія этого обычая древніе судьи—старѣйшіе и лучшіе мужи—проводили постоянно свои измѣнявшіеся съ жизнью представленія о правдѣ и справедливости, тѣмъ не менѣе въ принципѣ тѣмъ высшимъ авторитетомъ, отъ чьего имени они изрѣкали свой приговоръ, былъ все-таки обычай, старина, пошлина.

Не правъ поэтому Эрлихъ, утверждающій, что у всѣхъ древнихъ народовъ задачей суда являлось найти приговоръ только *матеріально справедливый.* Общеизвѣстный формализмъ древняго гражданскаго оборота и суда, коренящійся именно въ слѣпомъ уваженіи къ обычаю и старой формѣ, является наилучшимъ доказательствомъ противнаго. Если малѣйшее

нарушеніе актовой или процессуальной формы могло повести за собой потерю процесса, то объ отысканіи приговора *матеріально* справедливаго, очевидно, не могло быть и рѣчи.

Другимъ доказательствомъ того, что о независимости судебнаго приговора отъ какого-либо высшаго авторитета нечего и думать, является общая для всякаго древняго времени *связь права съ религіей*, представленіе о правѣ, какъ о нѣкоторомъ установленіи боговъ. Санкція старины отъ такого представленія, конечно, чрезвычайно возрастаетъ; правило, созданное мудростью предковъ, превращается въ заповѣдь божества. При извѣстной интенсивности этого представленія органами суда или „экспертами права“ становятся знатоки этихъ заповѣдей—жрецы. И если эти послѣдніе, поскольку отъ нихъ зависѣло примѣненіе права, выступали лишь истолкователями воли боговъ, это отнюдь не являлось, какъ полагаетъ Ламберъ, какимъ-либо своекорыстнымъ „пріемомъ“ съ ихъ стороны, а было, напротивъ, подлинной вѣрой, какъ ихъ самихъ, такъ и ихъ сообщественниковъ. Когда появлялся дѣйствительный обманъ—это уже знаменовало собой начало упадка стараго міросозерцанія, а вмѣстѣ съ этимъ послѣднимъ мало по малу падала и самая возможность какого бы то ни было обмана на этой почвѣ.

Мы не отрицаемъ того, что древніе суды сыграли огромную роль въ процессѣ правосозданія, что они своими рѣшеніями превращали нерѣдко еще смутное „чувство права“ (Rechtsgefühl) въ болѣе или менѣе опредѣленное юридическое правило и въ этомъ смыслѣ „творили право“. Мы говоримъ только о *формальныхъ основаніяхъ* этого правотворенія, а съ этой точки зрѣнія вопросъ можетъ быть поставленъ только такъ: изрѣкалъ-ли судья свой приговоръ *отъ себя* или же отъ имени нѣкотораго выше его стоящаго *авторитета*, было-ли его правотвореніе совершенно свободнымъ „*нахожденіемъ*“ (Rechtsfindung) рѣшенія матеріально справедливаго или же лишь *толкованіемъ* этого высшаго авторитета? И мы думаемъ, что вся исторія права свидѣтельствуетъ только въ этомъ второмъ смыслѣ.

Весь этотъ споръ, однако, имѣетъ для насъ лишь вто-

ростепенное значеніе. Былъ-ли обычай прежде суда или же онъ только возникъ изъ судебной практики, былъ-ли судья только истолкователемъ обычая или же онъ свободно искалъ матеріальной правды,—все равно, періодъ обычнаго права долженъ быть характеризованъ, какъ *періодъ безсознательной правой эволюціи*. Пусть даже тѣ или другіе суды при постановкѣ своихъ рѣшеній руководились сознательно соображеніями той или другой правовой политики, въ общей экономіи юридической жизни народа эти рѣшенія ихъ были ни чѣмъ инымъ, какъ лишь тѣми же ударами и пинками, которыми „безъ объясненія причинъ“ пріучался народъ къ извѣстному поведенію, пригонялся, *дрессировался* къ праву. Ибо сущность дрессировки въ томъ и состоитъ, что мы, не объявляя заранѣе, чего хотимъ, ударами и пинками заставляемъ дрессируемаго путемъ опыта дойти до того, чего мы желаемъ. *Сознательнаго правоваго творчества народа* не существовало.

Какъ бы долго ни длился этотъ періодъ безсознательнаго праворазвитія, каждый народъ неизбѣжно на извѣстной ступени своего историческаго бытія вступаетъ на путь *сознательнаго и планомѣрнаго правотворенія*, т. е. на путь *законодательства*. Сначала въ рѣдкихъ отдѣльныхъ случаяхъ, а потомъ все чаще и чаще, все шире и шире народъ въ лицѣ своей государственной власти сознательно опредѣляетъ: въ такихъ-то случаяхъ, при такихъ-то условіяхъ да будетъ такъ („ita jus esto“). Въ этомъ авторитетномъ и властномъ приказѣ заключается самое опредѣленное указаніе, что для всей захваченной вниманіемъ законодателя сферы отношеній нормой должна быть не старина и пошлина и не субъективное представленіе судьи о правѣ и справедливости, а именно выразившаяся въ законѣ воля народа или законодателя. И судьи, призванные разрѣшать эти отношенія in concreto, вышли бы далеко за предѣлы своихъ полномочій, если-бы на мѣсто этой воли поставили что-либо иное.

Кругъ отношеній, захватываемыхъ законодательствомъ, на первыхъ порахъ весьма ограниченный, мало по малу ростетъ вмѣстѣ съ ростомъ сознательнаго отношенія къ обществен-

нымъ явленіямъ. Авторитетное и планомѣрное руководительство *всей* соціальною жизнью народа дѣлается задачей всякаго развитаго государства. Это послѣднее въ лицѣ своихъ законодательныхъ органовъ опредѣляетъ тѣ цѣли, которыя должны быть достигнуты, и тѣ нормы, которыя, по его мнѣнію, наилучшимъ образомъ способствуютъ достиженію этихъ цѣлей. Въ установленіи тѣхъ и другихъ (цѣлей и нормъ) государственная власть можетъ быть правой или ошибаться, можетъ дѣйствовать въ интересахъ всѣхъ или въ интересахъ одного класса, во всякомъ случаѣ, поскольку она что-либо и гдѣ-либо опредѣляетъ, она не желаетъ и не можетъ допустить рядомъ съ своимъ какого-либо иного опредѣленія, будь-то опредѣленіе отдѣльнаго судьи или стараго обычая или, наконецъ, пока еще нарождающагося общественнаго мнѣнія. Его воля должна быть господствующей и, притомъ, единственно господствующей.

Стремленіе государства руководить всей юридической жизнью народа приводитъ на болѣе высокихъ ступеняхъ развитія къ *кодификаціи*, т. е. къ изданію кодексовъ, которые, по мысли законодателя, должны охватить всю совокупность отношеній той или другой области (гражданской, уголовной и т. д.) и регулировать ихъ сообразно опредѣленнымъ, положеннымъ въ основаніе кодификаціи, соціальнымъ принципамъ. Хороши или плохи будутъ эти принципы, правильно или неправильно они будутъ въ отдѣльныхъ положеніяхъ проведены—это другой вопросъ, но законодатель не желаетъ и не можетъ допустить иныхъ принциповъ и выводовъ, чѣмъ тѣ, которые имъ признаны за соотвѣтствующіе его верховнымъ цѣлямъ.

При такомъ положеніи вещей роль подчиненныхъ органовъ государственной власти, органовъ суда, не можетъ быть иной, чѣмъ роль простыхъ истолкователей закона или кодекса. И если они сознаютъ и выставляютъ себя таковыми, то въ этомъ отражается не какое-либо заблужденіе съ ихъ стороны, а лишь дѣйствительное соотношеніе между ними и закономъ. „Традиціонная метода интерпретацій“ отнюдь не является, такимъ образомъ, печальнымъ наслѣдіемъ коварныхъ рим-

скихъ понтификовъ или ошеломленныхъ Corpus juris citvilis средневѣковыхъ легистовъ; она вытекаетъ изъ самаго существа, изъ самаго назначенія закона или кодекса.

Но, можетъ быть, подобная претензія закона быть абсолютнымъ господиномъ регулированныхъ имъ отношеній неосновательна?

Несмотря на то, что ни однимъ изъ разсмотрѣнныхъ выше авторовъ эта мысль прямо не высказывается; несмотря на то, что всѣ онѣ предлагаютъ „болѣе свободную методу интерпретаціи“ лишь для случаевъ молчанія или неясности закона,—скептическое въ высокой степени отношеніе къ этому послѣднему проникаетъ всѣ ихъ ученія отъ начала до конца.

„Вы чувствуете, правильно говоритъ *М. М. Винаверъ*, на какой путь ступили бы эти люди, если бы не было тачки у ихъ ногъ въ видѣ кодекса. Именно „тачки у ногъ“. Ибо нигдѣ не видно, что положительнаго даетъ имъ кодексъ: они передъ нимъ сухо расшаркиваются,—но у васъ есть ощущеніе, точно черезъ него желаютъ незамѣтно перепрыгнуть, и весь вопросъ только въ томъ, какъ это сдѣлать благовиднѣе—онъ все же „священный кивотъ“. И потому, хотя говорятъ о методѣ „интерпретаціи“ кодекса, даютъ въ сущности методъ деликатнаго выталкиванія закона и подстановки на его мѣсто чего-то иного“ [1]).

Можетъ быть, въ самомъ дѣлѣ, способъ законодательнаго регулированія отношеній, съ точки зрѣнія правовой политики, несовершенный способъ, и путь законодательнаго праворазвитія неправильный и болѣе длинный путь? Можетъ быть, въ самомъ дѣлѣ, было-бы лучше замѣнить его путемъ „конкретнаго правотворенія“ судьи, обязаннаго отыскивать каждый разъ только приговоръ матеріально справедливый?

Мнѣ кажется, что достаточно только такъ прямо поставить этотъ вопросъ, чтобы отвѣтъ на него получился несомнительный.

Мы только что сказали, что правовое развитіе человѣчества движется въ направленіи отъ обычая къ законодатель-

---

[2]) Кодификація и толкованіе. Вѣстникъ Права. 1904, кн. 2, стр. 103.

ству и отъ частныхъ законовъ къ единой и цѣльной кодификаціи. Эта неоспоримая историческая тенденція выражаетъ въ своемъ существѣ не что иное, какъ *стремленіе отъ безсознательнаго (инстиктивнаго) соціальнаго приспособленія къ сознательному и планомѣрному устроенію общественныхъ отношеній.*

Какъ бы ни была организована законодательная власть страны, она во всякомъ случаѣ мыслится, какъ тотъ центръ, въ которомъ сосредоточивается общественное сознаніе и общественная воля народа, призванныя вести его по пути соціальнаго развитія. Въ исторіи народовъ мы знаемъ не мало революцій, но ни одна изъ нихъ не отрицала такого значенія законодательной власти, ни одна изъ нихъ не писала на своемъ знамени „*долой законодательство*!“ не требовала возврата назадъ къ неписанному обычаю. Все дѣло сводилось только къ болѣе правильной организаціи самой законодательной власти.

Да иначе, конечно, и быть не могло: *отказъ отъ планомѣрнаго законодательнаго регулированія соціальныхъ отношеній обозначалъ бы лишь возвратъ къ эпохѣ безсознательнаго въ соціальномъ смыслѣ существованія.*

Если же нельзя отказаться отъ законодательства, какъ отъ наилучшаго пріема соціальнаго строительства, то нельзя отказаться и отъ такъ называемой традиціонной методы интерпретаціи, ибо она логически вытекаетъ изъ самой идеи законодательства; вмѣстѣ съ тѣмъ нельзя принять такъ называемую болѣе свободную методу, ибо она этой идеѣ противорѣчитъ.

Законодательство есть пріемъ *планомѣрнаго* регулированія общественныхъ отношеній въ духѣ тѣхъ или иныхъ соціальныхъ *цѣлей*, или, выражаясь словами Штаммлера, въ духѣ такого или иного *соціальнаго идеала*. И чѣмъ больше законодательство проникается этой чертой планомѣрности, тѣмъ менѣе оно можетъ допустить рядомъ съ собой господство тѣхъ или иныхъ не отъ него исходящихъ, *гетерогенныхъ элементовъ*.

Конечно, законодатель не можемъ предусмотрѣть всего,

но онъ всегда исходитъ изъ тѣхъ или иныхъ *соціальныхъ предпосылокъ, соціальныхъ принциповъ*. Если при разрѣшеніи вопросовъ, закономъ непредусмотрѣнныхъ, судья будетъ обращаться къ этимъ положеннымъ въ основаніе закона соціальнымъ принципамъ,—то онъ будетъ дѣйствовать въ духѣ закона и потому будетъ оставаться на почвѣ традиціонной методы интерпретаціи. Если же онъ, признавъ общія предпосылки закона неправильными или устарѣлыми, станетъ замѣнять ихъ какими-либо иными, какъ того требуетъ рекомендуемая новая метода, то онъ введетъ въ дѣйствіе нѣкоторый гетерогенный элементъ, и этимъ, конечно, нарушитъ единство и планомѣрность общественнаго руководительства.

Такое нарушеніе единства и планомѣрности будетъ одинаково какъ въ томъ случаѣ, когда судьѣ будетъ предоставлено самому опредѣлять подлежащія примѣненію начала („природа вещей“, „соціальный идеалъ“), такъ и въ томъ случаѣ, когда ему будетъ предложено руководствоваться „*общественнымъ правосознаніемъ*“. Конечно, законодатель въ значительной степени считается съ этимъ послѣднимъ, но только считается, а не подчиняется. Чѣмъ больше выясняется руководствующая, *политическая* роль законодательства [1]), тѣмъ очевиднѣе дѣлается, что законъ долженъ быть не простой формулой господствующихъ воззрѣній, а можетъ быть и господствующихъ предразсудковъ, а чѣмъ то болѣе существеннымъ—вѣрнымъ средствомъ для наилучшаго осуществленія при данныхъ условіяхъ соціальнаго идеала. Не голая статистика правовыхъ воззрѣній всей совокупности отдѣльныхъ членовъ даннаго общества, и *раціональная правовая политика* должна служить основаніемъ законодательства. Въ вопросѣ о томъ, что должно быть, государственная власть, говорилъ Штаммлеръ, съ господствующими въ обществѣ воззрѣніями принципіально такъ же мало обязана считаться, какъ мало считается съ ними наука въ вопросѣ о заразительности болѣзни или природѣ кометъ.

На первый взглядъ эта мысль Штаммлера можетъ пока-

---

[1]) См. объ этомъ даже Ламберъ. La fonction, p. 106.

заться парадоксомъ; на самомъ же дѣлѣ она подтверждается правовою дѣйствительностью. Развѣ считается напр. нашъ уголовный законъ съ общимъ среди инородцевъ Кавказа представленіемъ о правѣ родовой мести, съ довольно распространенными еще среди крестьянъ воззрѣніями относительно порубокъ и потравъ и т. д.? Не расходится ли въ подобныхъ случаяхъ законъ съ „общественнымъ правоубѣжденіемъ“ *сознательно*, желая не утвердить это убѣжденіе, а, напротивъ, его искоренить, желая, другимъ словами, вліять на юридическую жизнь народа воспитательнымъ образомъ?

Уже на этихъ небольшихъ примѣрахъ можно въ достаточной степени убѣдиться, насколько „болѣе свободная метода интерпретаціи“, даже исходящая изъ идеи „общественнаго правосознанія“, можетъ иногда оказаться факторомъ противодѣйствующимъ цѣлямъ закона, а потому и недопустимымъ. Когда же она таковымъ не будетъ? *Лишь тогда, когда она будетъ исходить изъ соціальныхъ предпосылокъ самого закона, т. е. именно тогда, когда она будетъ той же традиціонной методой юридическаго толкованія.*

Все сказанное до сихъ поръ можетъ быть выражено въ слѣдующихъ, если такъ можно выразиться, юридическихъ теоремахъ:

Законодательство есть единственная форма сознательнаго и планомѣрного соціальнаго строительства. Отказаться отъ законодательства для какихъ либо иныхъ формъ творенія такъ же невозможно, какъ невозможенъ возвратъ отъ сознательной жизни къ безсознательной, инстинктивной. Единство и планомѣрность соціальнаго развитія, осуществляемыя законодательствомъ, требуютъ исключительнаго господства принциповъ, положенныхъ въ основаніе этого послѣдняго, т. е. именно того, что носитъ названіе традиціонной методы интерпретаціи.

VII.

Но—говорятъ намъ—законъ, даже самый прогрессивный, неизбѣжно отстаетъ отъ жизни: формулировавъ разъ свое по-

ложеніе, законъ остается затѣмъ неподвижнымъ, межъ тѣмъ какъ реальная дѣйствительность покоя не знаетъ; такъ наз. традиціонная метода интерпретаціи, исходящая изъ воли и принциповъ закона, закрѣпляетъ эту неподвижность права, углубляя съ каждымъ днемъ пропасть между этимъ послѣднимъ и правовыми запросами современности [1]).

Конечно, по прошествіи нѣкотораго времени устарѣвшій законъ можетъ быть отмѣненъ или измѣненъ новымъ законодательнымъ актомъ, устарѣвшій кодексъ можетъ быть переработанъ за-ново; но правовое развитіе будетъ идти при этомъ порядкѣ не плавно и безпрерывно, а періодическими скачками, что, конечно, имѣетъ большія неудобства [2]).

„Болѣе свободная метода интерпретаціи“, „interprétation par les précédents“, напротивъ, въ высокой степени отвѣчаетъ непрерывности соціальной эволюціи; находясь подъ непосредственнымъ и постояннымъ воздѣйствіемъ жизни, суды наилучше и наискорѣе найдутъ способы удовлетворять малѣйшимъ запросамъ юридической жизни [3]).

Такъ говоритъ *Ламберъ*, но, конечно, то же самое болѣе или менѣе опредѣленно говорятъ и всѣ другіе сторонники „новой методы“. Благодѣтельность этой методы кажется не подлежащей сомнѣнію:—она изберетъ наилучшій пріемъ удовлетворенія соціальныхъ потребностей, она облегчитъ и ускоритъ процессъ правоваго развитія. Ламберъ въ этомъ не сомнѣвается, несмотря на то, что онъ впадаетъ при этомъ въ нѣкоторыя трудно объяснимыя противорѣчія.

Онъ глубоко вѣритъ, что, руководясь „новой методой“, суды всегда наилучшимъ образомъ отвѣтятъ на соціальные запросы жизни, и что они будутъ, такимъ образомъ, служить факторомъ соціальнаго прогресса. Мы знаемъ, однако, его мнѣніе относительно рецепціи римскаго права; мы знаемъ, насколько пагубно, по его мнѣнію, отозвалась „романистика“ на правовомъ развитіи Европы. А развѣ вся эта рецепція

---

[1]) Ср. особенно L a m b e r t. Revue générale de droit. 1904. V.
[2]) L a m b e r t. La fonction, p. 812.
[3]) L a m b e r t. Revue générale ibid. La fonction, p. 813.

не была продуктомъ тѣхъ судовъ, которые въ смыслѣ „интерпретаціи“ были свободны; развѣ вся эта рецепція не была результатомъ именно той самой „interprétation par les précédents“, которую Ламберъ считаетъ непогрѣшимой?

Съ другой стороны, Ламберъ, обвиняя законодательство въ хронической отсталости, вѣритъ въ то, что „болѣе свободная метода интерпретаціи“ ускоритъ ходъ правовой эволюціи. И въ то же время относительно Англіи, гдѣ „interprétation par les précédents“ имѣла гораздо бо̀льшее примѣненіе, чѣмъ на континентѣ, мы находимъ у него слѣдующее заявленіе. „Ходъ юридической культуры въ Англіи, говоритъ онъ, былъ неизмѣримо менѣе быстрымъ, чѣмъ общій ходъ цивилизаціи, и это объясняется,—не исключительно, а отчасти—медленностью и недостаточностью законодательнаго развитія въ странѣ. Было бы очень желательно, чтобы въ будущемъ законодатель вступался чаще, чѣмъ теперь; это способствовало бы оживленію слишкомъ медленной эволюціи юриспруденціи“ [1]).

Признаемъ, однако, что ходъ правоваго развитія путемъ законодательства сопряженъ съ извѣстными спеціальными неудобствами, которыхъ не знаетъ „конкретное правотвореніе“ судовъ. Факты сплошь и рядомъ свидѣтельствуютъ о существованіи законовъ устарѣлыхъ, негодныхъ; жизнь не мало можетъ разсказать о тѣхъ мучительныхъ періодахъ, которые предшествуютъ долго желанному измѣненію отжившей нормы.

Но всѣ эти факты свидѣтельствуютъ только объ одномъ—о необходимости *сдѣлать законодательный аппаратъ возможно болѣе воспріимчивымъ къ соціальнымъ интересамъ среды* и притомъ въ *двоякомъ смыслѣ*.

Необходимо, во-первыхъ, чтобы самая организація законодательной власти давала доступъ въ среду этой послѣдней всѣмъ общественнымъ силамъ страны пропорціонально ихъ дѣйствительному вліянію въ жизни. Немало устарѣлыхъ и притомъ наиболѣе мучительныхъ законовъ обязано продолже-

---

[1]) La fonction, p. 811.

ніемъ своего существованія исключительно тому обстоятельству, что законодательная власть искусственно закрѣплена за лицомъ или классомъ лицъ, соціальный смыслъ которыхъ уже давно утратился. Многія бѣдствія, испытываемыя нынѣ въ области гражданскаго права, могутъ быть устранены не какой либо „новой методой интерпретаціи“, а лишь кореннымъ переустройствомъ всего государственнаго уклада страны.

Необходимо, во-вторыхъ, чтобы законодательная власть самымъ чуткимъ образомъ прислушивалась ко всѣмъ соціальнымъ процессамъ, происходящимъ въ обществѣ, подмѣчая ихъ еще въ началѣ ихъ зарожденія. Необходимо, въ частности, чтобы судебная практика подвергалась съ этой точки зрѣнія самому своевременному и самому тщательному наблюденію и чтобы всѣ случаи замѣченной тѣмъ или другимъ судомъ несправедливости закона суммировались черезъ посредство того же суда или извѣстнаго спеціальнаго органа въ какомъ либо центральномъ учрежденіи, гдѣ всѣ они подвергались бы затѣмъ научно-юридической провѣркѣ. Необходимо, однимъ словомъ, созданіе нѣкотораго постоянно дѣйствующаго *контрольнаго съ точки зрѣнія de lege ferenda аппарата.*

При соблюденіи этихъ условій указанныя выше неудобства законодательства, полагаемъ, будутъ сведены до минимума, а то, что останется, будетъ проистекать уже лишь изъ неустранимой черты всякаго закона—*общности его нормъ.* Но, какъ извѣстно, эта общность нормъ составляетъ специальное и великое достоинство закона, и отвергать ее значило бы отвергать самый законъ.

VIII.

Есть, наконецъ, еще одно обвиненіе противъ такъ наз. традиціонной методы интерпретаціи—и притомъ обвиненіе совсѣмъ особеннаго свойства...

Для сохраненія этой методы, говоритъ все тотъ же *Ламберъ* [1]), есть одинъ мотивъ, который, однако, охотно скрываетъ. Инте-

---

[1]) Revue générale de droit 1904. Y, p. 462—463.

ресы, которымъ эта метода служитъ, не суть интересы всей массы судящихся, а спеціальные интересы юристовъ и судебнаго персонала. Она даетъ въ руки этихъ лицъ средство, аналогичное тому, которымъ пользовалась въ Римѣ коллегія авгуровъ, чтобы, благодаря монополіи толкованія божественныхъ предзнаменованій, оказывать вліяніе на ходъ политической жизни. Изъ исторіи Рима мы знаемъ, какъ беззастѣнчиво иногда авгуры пользовались своимъ правомъ для охраны интересовъ того класса, изъ котораго они обыкновенно происходили. Уничтоженіе этой монополіи авгуровъ представляетъ одинъ изъ важныхъ этаповъ на пути демократизаціи права. Но не то же ли самое должно быть сказано относительно традиціонной методы интерпретаціи? Конечно, да. Многіе изъ защитниковъ этой методы чувствуютъ, *что вмѣстѣ съ нею изчезнетъ одно изъ лучшихъ средствъ въ рукахъ господствующихъ классовъ для удержанія нетерпѣливаго напора толпы, для сопротивленія слишкомъ быстрому процессу трансформаціи соціальнаго организма.* Таковъ въ настоящій моментъ единственный смыслъ этой методы. Можетъ-ли онъ ее оправдать? Я ограничусь лишь постановкой вопроса. Я только констатирую, что то, что является заслугой въ глазахъ нѣкоторыхъ, въ глазахъ другихъ, гораздо болѣе многочисленныхъ, является рѣшительнымъ мотивомъ для осужденія....

Итакъ, вотъ гдѣ „погребена собака“! Вотъ какой своекорыстный мотивъ скрывается за теоретическими аргументами защитниковъ такъ называемой традиціонной методы!

Обвиненіе, какъ видимъ, бросается тяжкое; подозрѣнію подвергается самая *честность* ученія. Къ счастью, однако, достойная оцѣнка этого обвиненія не потребуетъ сложныхъ разсужденій.

Все время такъ называемая традиціонная метода интерпретаціи представителями новаго направленія обвинялась въ томъ, что она связываетъ судей, стѣсняетъ свободу ихъ усмотрѣнія; и вдругъ теперь оказывается, что сохраненіе этой методы вызывается профессіональными интересами судебнаго персонала! Въ первый разъ слышу, чтобы чьи либо интересы требовали связанности, ограниченности дѣйствій....

Если современные юристы и судьи подобны римскимъ авгурамъ, то, вѣдь, то, чего хочетъ Ламберъ, въ примѣненіи къ авгурамъ обозначало бы полное освобожденіе ихъ даже отъ тѣхъ формальныхъ пріемовъ жреческихъ толкованій, которыми они были всетаки связаны, обозначало бы полное санкціонированіе ихъ усмотрѣнія. Для всякаго же, кромѣ Ламбера, я думаю, очевидно, что подобное расширеніе авгуральной свободы представляло бы никакъ не демократизацію права, а наоборотъ, именно его „аристократизацію“, ибо безспорно, усилило-бы вліяніе этой коллегіи и сдѣлало-бы его совершенно безконтрольнымъ.

Если современные юристы и судьи, подобно римскимъ авгурамъ, держатся за традиціонную методу, какъ за одно изъ лучшихъ средствъ въ интересахъ тѣхъ командующихъ классовъ, къ которымъ они въ большинствѣ случаевъ принадлежатъ, то я бы имъ, напротивъ, въ ихъ же собственныхъ интересахъ посовѣтовалъ скорѣе всѣми силами работать въ пользу новой методы. Пользуясь уже неограниченнымъ и безконтрольнымъ правомъ оцѣнивать соціальную годность каждаго общественнаго явленія, они гораздо вѣрнѣе оградили бы себя отъ „нетерпѣливаго натиска толпы“ и задержали бы „слишкомъ быстрый ходъ соціальной трансформаціи“.

Но, я думаю, уже сказаннаго достаточно какъ для опредѣленія логической крѣпости сужденій Ламбера, такъ и для этической оцѣнки брошеннаго имъ обвиненія.

Нужно, однако, сказать, что необходимость „болѣе свободной методы“ и болѣе широкаго судейскаго усмотрѣнія, и помимо Ламбера, аргументируется нерѣдко потребностью соціальныхъ смягченій, потребностью помощи „экономически слабымъ“. Мы видѣли, какъ говорятъ на этотъ счетъ авторы новаго германскаго уложенія и авторы нашего проекта, мы видѣли, что Салейль рисуетъ себѣ болѣе свободнаго въ своемъ усмотрѣніи судью именно какъ „соціальнаго примирителя“. На болѣе свободное судейское усмотрѣніе возлагаютъ надежды, какъ на одно изъ дѣйствительнѣйшихъ средствъ въ дѣлѣ „соціализаціи общества“. Все это заставляетъ остановиться и на этомъ пунктѣ внимательнѣе.

Если стоять на точкѣ зрѣнія всемогущества классовыхъ интересовъ, то въ виду того, что большинство судей принадлежитъ, конечно, не къ классу „экономически слабыхъ“, пришлось бы признать эти надежды совершенно неосновательными. Очевидно, такимъ образомъ, что всѣ требующіе расширенія судебнаго усмотрѣнія въ этомъ смыслѣ, опираются напротивъ, на силу идейныхъ теченій въ обществѣ, на то, что эти теченія пробьютъ себѣ доступъ и къ судейскому креслу. Такъ это опредѣленно и выражаетъ Салейль.

Я не сторонникъ теорій экономическаго матеріализма, вѣрю въ то, что „идеи дѣлаютъ свое дѣло“, и тѣмъ не менѣе думаю, что „классовый интересъ“ въ вопросѣ судейскаго усмотрѣнія не такая малая величина, чтобы ее можно было совершенно игнорировать. Особенно тамъ, гдѣ не могутъ похвалиться возможностью самаго интенсивнаго общественнаго контроля.

Я думаю, однако, что самый вопросъ *о консерватизмѣ или либерализмѣ* обоихъ сравнительныхъ методовъ интерпретаціи покоится на полномъ теоретическомъ недоразумѣніи.

Такъ называемая традиціонная метода выражаетъ собою идею господства закона. Какой это будетъ законъ по своему содержанію—консервативный, либеральный, радикальный или даже соціалистическій—это все равно: онъ одинаково долженъ быть святъ и нерушимъ. Очевидно, такимъ образомъ, что традиціонная метода будетъ то факторомъ консервативнымъ, если консервативенъ законъ, то, напротивъ, факторомъ прогрессивнымъ, если прогрессивенъ этотъ послѣдній.

Равнымъ образомъ и „болѣе свободная метода“, предоставляющая бо́льшій просторъ судейскому сословію, а черезъ него и господствующимъ въ данный моментъ соціальнымъ настроеніямъ, можетъ быть силой то прогрессивной, то консервативной, въ зависимости отъ характера этихъ господствующихъ настроеній.

Утверждать, что первая метода по самому характеру своему всегда консервативна, а вторая всегда прогрессивна,—такъ же невозможно, какъ невозможно утверждать, что за-

конъ всегда консервативенъ, а общественныя настроенія всегда прогрессивны.

Возьмемъ для примѣра хотя бы только *законы о ростовщичествѣ*. Пусть мы признаемъ въ настоящее время, что эти законы, какъ охраняющіе „экономически слабыхъ отъ эксплуатаціи сильнѣйшихъ“, прогрессивны. Было, однако, времи (и не такъ давно), когда законодательство знало запрещенія ростовщичества и высокихъ процентовъ, а общественное мнѣніе поворотилось противъ нихъ: послѣднее, такимъ образомъ, сыграло роль силы ретроградной.

Съ теоретической точки зрѣнія весь вопросъ о консерватизмѣ или либерализмѣ обѣихъ методъ оказывается, слѣдовательно, неправильнымъ. Но можетъ быть, онъ правиленъ практически—*съ точки зрѣнія настоящаго момента?*

Дѣйствительно, отсталость многихъ соціальныхъ предпосылокъ современныхъ гражданскихъ кодексовъ можетъ считаться въ настоящее время общимъ мѣстомъ. Необходимость коренныхъ поправокъ, необходимость серьезныхъ улучшеній въ положеніи трудящихся массъ стала настолько очевидной, что даже, употребляя выраженіе Салейля, въ рядахъ противоположнаго лагеря зародилась наклонность къ уступкамъ.

Но какъ далеко идетъ въ дѣйствительности эта наклонность къ уступкамъ? Требованія трудящихся массъ, „невладѣющихъ классовъ“, сводятся въ общемъ къ болѣе или менѣе коренному, радикальному пересмотру всѣхъ основныхъ условій современнаго экономическаго существованія. Вмѣсто такого коренного пересмотра мы наблюдаемъ, однако, другое очень своеобразное явленіе.

Новѣйшіе гражданскіе кодексы, напр. германскій или русскій проектъ, оставаясь всецѣло на почвѣ старыхъ началъ, ограничиваются только тѣмъ, что кое-гдѣ въ пользу новѣйщихъ соціальныхъ теченій дѣлаютъ весьма неопредѣленныя уступки. На требованіе обезпечить всѣмъ возможность человѣческаго существованія отвѣчаютъ правомъ судьи на пониженіе неустойки, правомъ судьи кассировать невыгодную сдѣлку и т. п.

Одновременно теоретики подобной законодательной поли-

тики выставляютъ ученіе о болѣе широкомъ судейскомъ усмотрѣніи. И понятно, ибо нѣтъ болѣе удобнаго средства для этой политики неопредѣленныхъ уступокъ, какъ судейское усмотрѣніе: старый порядокъ будетъ уступать здѣсь лишь „смотря по обстоятельствамъ“, слѣдовательно, по частямъ, задерживаясь насколько возможно долѣе на каждой отдѣльной позиціи.

Вотъ гдѣ, по нашему мнѣнію, истинный соціальный источникъ столь рекламирующей себя „болѣе свободной методы интерпретаціи“ и связанной съ ней „нѣкоторой неопредѣленности законодательныхъ предписаній“. Едва-ли не у всѣхъ авторовъ, сторонниковъ этой методы, въ числѣ аргументовъ въ ея пользу мы найдемъ заявленіе, что такимъ путемъ, благодаря примирительной роли судьи, мы перейдемъ къ новымъ порядкамъ „*безъ крутой*“ или „*безъ радикальной ломки*“ основныхъ началъ хозяйственнаго строя (ср. напр. выше—ученіе Салейля). Боязнь такихъ „крутыхъ“ или „радикальныхъ ломокъ“, боязнь болѣе или менѣе рѣшительной постановки вопросовъ съ одной стороны, сознаніе неизбѣжности уступокъ—съ другой стороны,—вотъ что вызвало на свѣтъ Божій доктрину свободнаго судейскаго усмотрѣнія. Въ этомъ ея сила, но въ этомъ же и ея великая слабость!

Въ тотъ моментъ, когда „экономически слабые“ получатъ дѣйствительную возможность сказать свое слово и осуществить свою волю, они формулируютъ эту свою волю въ извѣстныхъ опредѣленныхъ принципахъ, а не въ довѣрчивомъ предоставленіи судьямъ регулировать ихъ отношенія „по усмотрѣнію“. То, что пріобрѣтается трудомъ и борьбой, не легко отдается на чье бы то ни было усмотрѣніе. Какъ въ области публичнаго, такъ и въ области гражданскаго права залогомъ истиннаго праворазвитія можетъ быть только одно—*законность и правовой порядокъ!*

І. Покровскій.

„НЕОБХОДИМА-ЛИ РЕФОРМА СУДА ПРИСЯЖНЫХЪ?“ [1]).

Выборъ настоящей темы для международнаго конгресса лучше всего показываетъ, въ какой мѣрѣ желательно измѣненіе состава пенитенціарной коммисіи, устанавливающей программу международныхъ тюремныхъ конгрессовъ и насколько право французское общество Societé générale dés prisons, настаивавшее на допущеніи въ составъ этой коммисіи представителей ученыхъ обществъ. Это было бы только возвращеніемъ къ тому нормальному порядку, который дѣйствовалъ до 1872 года. Международные тюремные конгрессы — дѣтище выдающихся юристовъ и тюрьмовѣдовъ всѣхъ странъ, во главѣ съ Миттермайеромъ, Дюкпетіо, Обанелемъ, созвавшихъ первый международный тюремный конгрессъ въ 1846 году во Франкфуртѣ на Майнѣ. Впервые представители иностранныхъ правительствъ и тюремной администраціи были приглашены на конгрессъ 1872 года въ Лондонѣ, но съ тѣхъ поръ они сочли себя хозяевами и главами дѣла и признаютъ, что пенитенціарныя коммисіи, устанавливающія программы конгрессовъ, должны состоять исключительно изъ правительственныхъ представителей. Несомнѣнно, что такая постановка совершенно неправильна. Какъ бы сильно не были представлены правительства разныхъ странъ на такихъ конгрессахъ

---

[1]) Докладъ Будапестскому тюремному конгрессу 1905 г. по четвертому вопросу I секціи: „Les résultats de l'institution du jury ont-ils été tels qu'il y aurait lieu d'y apporter des réformes?“

и коммисіяхъ, резолюціи послѣднихъ не пріобрѣтутъ ни въ какой мѣрѣ значенія международно-правовыхъ соглашеній, обязательныхъ для государствъ, принявшихъ въ нихъ участіе, а по прежнему останутся мнѣніемъ научныхъ авторитетовъ, къ голосу которыхъ каждое правительство будетъ прислушиваться по своему усмотрѣнію, въ мѣрѣ своего просвѣщенія съ одной стороны и въ зависимости отъ общаго уровня развитія страны съ другой. Но если резолюціи конгрессовъ должны быть положеніями научными, вѣрными для науки какъ единой для всѣхъ странъ дисциплины, то и вопросы, предлагаемые на обсужденіе должны быть столь же общими и не вытекать исключительно изъ мѣстныхъ условій той или другой страны, обсужденіе которыхъ на международномъ конгрессѣ успѣшнымъ быть не можетъ. Въ самомъ дѣлѣ, возьмемъ хотя бы настоящій вопросъ. Въ объясненіи заданной темы пенитенціарная коммисія выражаетъ пожеланіе, чтобы были подвергнуты изученію законодательства тѣхъ странъ, гдѣ введенъ институтъ суда присяжныхъ, а затѣмъ добавляетъ: «La passion politique, l'ignorance, l'interet, la crainte, l'exces de clémence ou de severité, la preoccupation de l'opinion publique sont autont de causes qui agissent sur ces magistrats d'un jour, dont les verdicts n'ont d'autre controle, que celui de leur conscience». Такое поясненіе похоже скорѣе на обвинительный вердиктъ, на предрѣшеніе задаваемаго вопроса, при томъ въ высшей степени пристрастное и одностороннее, а потому и совсѣмъ неосновательное. Какой бы дѣйствительно ученый рѣшился на такое полное забвеніе ученаго безпристрастія. А при нынѣшнихъ условіяхъ дѣло объясняется очень просто. Тема предложена представителемъ греческаго правительства, которое заимствовало судъ присяжныхъ изъ Франціи со всѣми недостатками постановки этого суда въ названной странѣ, вызывающими постоянныя нареканія какъ въ самой Франціи, такъ и въ странахъ близко послѣдовавшихъ ея примѣру: Италіи, Германіи, кантонахъ Швейцаріи. Но можно ли дать подобную характеристику суду присяжныхъ въ Англіи, Россіи, Австріи, Норвегіи, гдѣ судъ присяжныхъ поставленъ правильно, откуда вовсе не слышится жалобъ. Да и о чемъ собственно идетъ рѣчь. Объ

основной идеѣ, объ основныхъ чертахъ устройства суда присяжныхъ. Эти идеи положены въ основу суда присяжныхъ много столѣтій тому назадъ. Знаменитый знатокъ суда присяжныхъ, покойный нѣмецкій ученый Миттермайеръ въ своемъ сочиненіи, вышедшемъ въ свѣтъ еще въ 1856 году (Die Gesetzgebung und Rechtsübung über Strafverfahren nach ihrer neuesten Fortbildung dargestellt und geprüft) такъ опредѣляетъ (стр. 219 и 238 названнаго сочиненія) основныя идеи суда присяжныхъ: 1) присяжные—люди, призываемые изъ всѣхъ классовъ, такъ что ихъ вердиктъ можетъ считаться за вердиктъ всей страны; 2) они не находятся подъ вліяніемъ предвзятыхъ взглядовъ, часто стѣсняющихъ коронныхъ судей въ свободномъ обсужденіи даннаго случая; 3) благодаря присвоенному сторонамъ на судѣ праву отклоненія, они могутъ быть признаны судьями, которымъ стороны подчиняютъ себя *сами*; 4) они именно пользуются довѣріемъ *за свою полную независимость отъ правительственныхъ органовъ;* 5) они рѣшаютъ вопросъ о виновности въ согласіи съ народнымъ сознаніемъ; 6) наконецъ они постановляютъ вердиктъ такимъ *вызывающимъ довѣріе* числомъ голосовъ, что судъ смѣло можетъ основать свой приговоръ на ихъ вердиктѣ.

Какъ результатъ всѣхъ этихъ достоинствъ суда присяжныхъ—усиленіе вліянія правосудія *благодаря довѣрію къ суду, усиленіе репрессіи.* Что же изъ только что приведенной характеристики основныхъ положеній и идей въ судѣ присяжныхъ подвергается или можетъ подвергаться сомнѣнію. Всѣ эти положенія безспорны и вошли въ плоть и кровь каждаго культурнаго народа. Не оспариваются они и въ темѣ. Но тотъ же Миттермайеръ замѣтилъ, что судъ присяжныхъ въ каждой странѣ принимаетъ особый *обликъ*. На этотъ обликъ, при томъ какъ онъ вылился въ Греціи, и направлены удары пенитенціарной коммисіи. Но могутъ ли стороны и явленія, придающія суду присяжныхъ въ данной странѣ извѣстный *обликъ*, послужить предметомъ обсужденія международнаго тюремнаго конгресса. Лучшимъ отвѣтомъ служитъ уже представленный уважаемымъ итальянскимъ ученымъ А. Стопнато докладъ. Задававшій тему представитель греческой тю-

ремной администраціи г. Типальдо Бассіа, какъ видно изъ первыхъ словъ его „вердикта“ надъ судомъ присяжныхъ въ объясненіи говоритъ о passion politique и очевидно считаетъ присяжныхъ греческихъ неспособными безпристрастно относиться къ политическимъ преступленіямъ. Наоборотъ г. А. Стоппато, основываясь видимо на результатахъ дѣятельности итальянскихъ присяжныхъ, находитъ (Bulletin, Cinq. Série, Livr. III, стр. 299) именно необходимымъ распространить компетенцію суда присяжныхъ на всѣ преступленія противъ администраціи, государственнаго порядка, конституціонныхъ вольностей и т. д. Далѣе г. Стоппато въ качествѣ pia desideria указываетъ, что если подсудимый не подвергался освидѣтельствованію въ состояніи умственныхъ способностей до суда и вопросъ о вмѣняемости впервые возникъ во время судебнаго слѣдствія, то разсмотрѣніе дѣлъ должно быть пріостановлено, подсудимый долженъ быть подвергнутъ испытанію психіатрическому, а если окажется, что подсудимый душевно боленъ, то судъ, не доводя вновь до судебнаго засѣданія, долженъ имѣть право прекратить дѣло. Всѣ эти пожеланія уже осуществлены съ полнымъ успѣхомъ въ русскомъ процессѣ. Не знаю, въ какой мѣрѣ оправдываются мѣстными итальянскими условіями дальнѣйшія предложенія г. Стоппато, но съ точки зрѣнія русскихъ условій я бы затруднился согласиться на предложеніе 1) объ исключеніи изъ компетенціи какъ будто бы чисто техническихъ дѣлъ о подлогѣ документовъ, въ которыхъ такъ часто даже самый вопросъ о подлогѣ окончательно разрѣшается не на основаніи экспертизы всегда весьма мало авторитетныхъ учителей чистописанія, а на разрѣшеніи сложной жизненной загадки, гдѣ уже трудно отрицать компетентность присяжныхъ и 2) или на предложеніе заставить присяжныхъ въ присутствіи суда открыто по очереди голосовать отвѣты на поставленные вопросы. Это явилось бы несомнѣнно значительнымъ ослабленіемъ условій, ограждающихъ присяжныхъ отъ всякихъ давленій на нихъ и на свободу ихъ вердикта.

Въ числѣ мѣръ, предлагаемыхъ уважаемымъ г. Стоппато, самое главное мѣсто занимаетъ, какъ мы только что видѣли,

измѣненіе компетенціи; къ тому же, но въ противоположномъ смыслѣ, стремится повидимому и предложившій тему г. Тинальдо Бассіа. Но можетъ ли вопросъ о компетенціи суда присяжныхъ считаться вообще общимъ вопросомъ, который можетъ быть разрѣшенъ международнымъ конгрессомъ для всѣхъ государствъ и для всякихъ положеній одинаково. Не является ли постановка этого вопроса наиболѣе разнообразной въ зависимости отъ національнаго темперамента, политическаго строя и т. д., при чемъ то или другое ограниченіе компетенціи вовсе не можетъ явиться доказательствомъ ни несоотвѣтствія суда присяжныхъ вообще для разрѣшенія данной категоріи дѣлъ, ни даже несоотвѣтствія для разрѣшенія этихъ дѣлъ для данной страны, но въ другое время. Такое измѣненіе компетенціи скорѣе всего указываетъ на борьбу, которая ведется совсѣмъ на другомъ полѣ брани и результаты которой отражаются на постановкѣ суда присяжныхъ безъ всякой со стороны послѣдняго вины. Въ самомъ дѣлѣ, еще Миттермайеръ (стр. 237 названнаго сочиненія) замѣтилъ, что если въ странѣ господствуетъ возбужденіе умовъ, то даже и коронные судьи не въ состояніи удержаться вдали отъ общаго господствующаго теченія. Прекраснымъ развитіемъ этого положенія является высказанное Габріелемъ Тардомъ при обсужденіи въ Societé générale des prisons доклада Крюппи о судѣ шеффеновъ (Rev. penit 1899 года) соображеніе о томъ, что судъ присяжныхъ, являясь представителемъ и какъ бы отдѣленіемъ общественнаго мнѣнія, не можетъ очевидно идти противъ этого общественнаго мнѣнія, не опорочивъ и собственнаго своего происхожденія.

Причины же, по которымъ правительство расходится съ обществомъ во взглядахъ, степень этого несогласія, горячность борьбы и тѣмъ болѣе вопросъ о томъ, кто правъ— это все вопросы чисто мѣстные, стоящіе въ неразрывной связи со всѣмъ внутреннимъ строемъ даннаго государства и потому разумѣется не подлежащіе компетенціи международнаго конгресса. Но повторяю, все это ни въ какой мѣрѣ не можетъ послужить матеріаломъ для выводовъ о достоинствахъ и недостаткахъ суда присяжныхъ, а отсылаетъ къ совер-

шенно другому политическому вопросу: при какихъ обстоятельствахъ и условіяхъ происходитъ разногласіе во взглядахъ между правительствомъ и обществомъ.

Я позволю себѣ далѣе представить доказательства въ подтвержденіе того, что всѣ нареканія на судъ присяжныхъ имѣютъ чисто мѣстный характеръ, обусловливаемый и чисто мѣстными причинами, что такими же мѣстными причинами должно быть объяснено и движеніе въ пользу замѣны суда присяжныхъ судомъ шеффеновъ, движеніе, котораго вовсе нѣтъ ни въ Англіи, ни въ Россіи, ни въ Австріи, ни въ Норвегіи. Но прежде чѣмъ перейти къ выясненію характера движенія противъ суда присяжныхъ въ нѣкоторыхъ государствахъ, я бы желалъ устранить еще одно сомнѣніе. Въ самомъ дѣлѣ, нельзя же говорить объ общемъ движеніи противъ суда присяжныхъ по поводу взглядовъ такъ называемой итальянской антропологической школы и ея послѣдователей въ разныхъ странахъ. Подвергая всю постановку современнаго суда жестокой критикѣ, школа эта требовала замѣны суда коллегіями врачей экспертовъ, которые бы на основаніи научныхъ данныхъ опредѣляли бы степень опасности даннаго преступника и ту категорію, разновидность, къ которой онъ долженъ быть отнесенъ. Столь гордыя требованія во имя науки оказались, однако, предъявленными безъ достаточнаго уполномочія. Наука, и именно при томъ антропологическая, въ лицѣ такихъ лучшихъ своихъ силъ какъ Мануврié, Топинаръ, Бруардель самымъ рѣшительнымъ образомъ ополчилась на идеи Ломброзо на Парижскомъ конгрессѣ антропологовъ въ 1889 году. На Брюссельскій конгрессъ 1892 года, отвергнувшій эту доктрину, итальянцы совсѣмъ не явились, а когда въ 1896 году, на конгрессѣ въ Женевѣ Ломброзо и его друзья попробовали защищать свою доктрину, то имъ пришлось выслушать горячія и рѣзкія возраженія всѣхъ нѣмецкихъ психіатровъ, въ особенности Näcke, автора великолѣпнаго сочиненія Verbrechen und Wahnsinn beim Weibe и замѣчательный докладъ доктора Миновичи, румына, который на основаніи нѣсколькихъ тысячъ наблюденій рѣшительно отвергалъ существованіе типа прирожденнаго преступника.

Но отвергая существованіе типа прирожденнаго преступника, наука, въ лицѣ ея дѣйствительно серьезныхъ представителей, должна была еще разъ подтвердить и подчеркнуть то, что она всегда говорила: всю относительную непрочность выводовъ медицинской науки въ вопросѣ о вмѣненіи. При такихъ условіяхъ отпали и претензіи тѣхъ изъ послѣдователей Ломброзо, которые, какъ напримѣръ русскіе ученые: психіатръ П. И. Ковалевскій въ своемъ изслѣдованіи „Судебная психопатологія“ и юристъ Л. Е. Владиміровъ въ сочиненіи „Психологическое изслѣдованіе на уголовномъ судѣ“ находили разрѣшеніе вопроса о вмѣненіи въ широкомъ смыслѣ этого слова присяжными засѣдателями ненаучнымъ и требовали ввѣренія его врачамъ. Между тѣмъ, даже въ тѣсныхъ предѣлахъ о вмѣненіи и нормальности чисто физическихъ врачи, въ особенности дѣйствительно серьезные ученые, затрудняются часто дать категорическій отвѣтъ, а тѣмъ менѣе имѣется основаній для передачи врачамъ на разрѣшеніе неизмѣримо болѣе широкаго вопроса о вмѣненіи моральномъ, соціальномъ, который какъ справедливо замѣтилъ А. Стоппато въ своей статьѣ въ Rcvista penale (1893. Іюнь—La Funzione sociale della giura popolare e i limiti della sua competenza) можетъ быть разрѣшенъ только представителями conscienza sociale, общественной совѣсти—присяжными засѣдателями. Такимъ образомъ движеніе, вызванное антропологической школой, должно быть признано пережитымъ и остается признать движеніе противъ суда присяжныхъ чисто мѣстнымъ. Въ какой мѣрѣ это именно такъ, лучше всего разъяснитъ самый краткій обзоръ этихъ движеній въ нѣкоторыхъ государствахъ.

Начнемъ съ Германіи. Здѣсь нѣмецкіе ученые юристы, съ ихъ любовью къ систематикѣ, встрѣтили въ сороковыхъ годахъ 19-го столѣтія съ крайнимъ нерасположеніемъ движеніе въ пользу суда присяжныхъ, шедшее изъ Франціи. Въ силу этихъ симпатій, какъ говорилъ Кёстлинъ еще въ 1849 году (Der Wendepunkt des deutchen Strafprocessverfahrens) нѣмецкіе ученые юристы пытались защитить дореформенный процессъ, съ его легальною теоріею доказательствъ, основанный будто бы на научной разцѣнкѣ доказательствъ, тогда какъ вер-

дикты присяжныхъ чисто индивидуальные ни подъ какую систему подведены быть не могутъ. Но, какъ справедливо замѣтилъ Ортлофъ (Das Strafverfahren in Seinen leitenden Grundsätzen 1858) вѣра въ чиновничій судъ была поколеблена и судъ присяжныхъ былъ введенъ во всей Германіи. Тѣмъ не менѣе нѣмецкіе схоластики не помирились; къ этому присоединилось еще шовинистское движеніе послѣ 1871 года и потому при выработкѣ общегерманскаго устава уголовнаго судопроизводства была сдѣлана попытка отказаться отъ иноземнаго суда присяжныхъ и замѣнить его судомъ шеффеновъ, при которомъ элементы общественные находятся въ полномъ подчиненіи у юриста техника. Попытка эта не удалась и судъ присяжныхъ занялъ въ уставѣ 1877 года, хотя и очень ограниченное по компетенціи (важнѣйшія изъ числа Verbrechen—при трехчленомъ дѣленіи), но видное положеніе, а въ обществѣ и народѣ снискалъ громадную и непоколебимую популярность. Но юристы не унимались и въ 1892 году на съѣздѣ германскихъ юристовъ (Verhandlungen des 22 deutschen Juristentages) былъ поставленъ вопросъ, можно ли рекомендовать судъ шеффеновъ для замѣны суда присяжныхъ. Отвѣчавшій на него членъ высшаго суда въ Имперіи Штенглейнъ отмѣтилъ, что судъ шеффеновъ не вызвалъ ни похвалы, ни порицаній, но несомнѣнно (стр. 110), что шеффены настолько въ рукахъ судьи короннаго, что оппозиція со стороны шеффеновъ невозможна, между тѣмъ основной смыслъ суда присяжныхъ именно въ отдѣленіи ихъ скамьи отъ скамьи коронныхъ судей, въ ихъ независимости; для того же чтобы устранить недоразумѣніе при пониманіи поставленныхъ вопросовъ, надо дать имъ лишь въ руководители коронnаго судью. Однако недовольство судебнымъ строемъ росло и Министерство Юстиціи сочло нужнымъ внести въ рейхстагъ въ концѣ 1895 года проектъ новеллы, затрогивавшей цѣлый рядъ вопросовъ въ области судебныхъ порядковъ; вводилась апелляція, увеличивалась компетенція шеффеновъ насчетъ суда присяжныхъ; намѣченъ былъ рядъ и другихъ мѣръ. Новелла не прошла въ рейхстагѣ, гдѣ именно не юристы, а міряне, то, что нѣмцы называютъ Laieelement, обрушились на законопроектъ во имя неумолимой логики

жизни; было указано, что движеніе не понято; въ народѣ есть недовольство, но вовсе не участіемъ общественнаго элемента въ правосудіи, ни тѣмъ менѣе судомъ присяжныхъ, стяжавшимъ громадную популярность, а именно судомъ спеціалистовъ, ландгерихтами, дѣйствующими безъ участія общественнаго элемента; въ народѣ сложилось убѣжденіе, что эти суды осуждаютъ невинныхъ. Слѣдуетъ замѣтить, что такіе результаты дѣятельности этихъ судовъ обусловливаются главнымъ образомъ неудовлетворительностью тѣхъ полицейскихъ дознаній, которыя замѣняютъ слѣдствіе въ дѣлахъ подсудныхъ ландгерихтамъ. Новелла вызвала обширную литературу [1]), при чемъ въ пользу замѣны суда присяжныхъ шеффенами высказалось сравнительно немного; писавшіе по вопросу амтсрихтеры, предсѣдательствующіе на судѣ шеффеновъ, подробно описывали, какъ они держатъ въ рукахъ судъ шеффеновъ, а нѣкоторые (какъ напримѣръ Замтеръ) недоумѣвали, какъ собственно будетъ достигнуто соглашеніе и единство дѣйствій шеффенскаго суда, когда будетъ не одинъ судья, а нѣсколько, которые невольно составятъ отдѣльную отъ шеффеновъ коллегію. Даже и желавшіе замѣнить судъ присяжныхъ судомъ шеффеновъ находили необходимымъ сохранить за новымъ судомъ названіе суда присяжныхъ, въ виду популярности послѣдняго, а амтсрихтеръ Кöне даже прямо заявилъ, что судъ присяжныхъ популяренъ въ народѣ, и лишь das gelehrte Beamtenthum противъ. Прошло немного лѣтъ и вновь въ 1903 году Министерство Юстиціи (Das Reichsjustizamt) образовало Коммиссію для разработки предположеній о преобразованіи германскаго судебнаго строя и поставило этой коммиссіи 21 вопросъ, въ томъ числѣ и о судѣ присяжныхъ. Слѣдуетъ замѣтить, что германская литература послѣднихъ двухъ трехъ лѣтъ даетъ картину очень неспокойнаго отношенія общества къ дѣлу правосудія, повидимому

---

[1]) Я разумѣю труды Binding, Cordes, Stenglein, Oehler, Mamroth, Auerbach, Samter, Schiffer, Köhne Aschrott, Slupecki, Beling, Kade, Goldenring, Clodius, Schoenemann—см. подробный обзоръ сдѣланный мною въ Журналѣ Министерства Юстиціи 1896 года іюнь.

политическія страсти разгорѣлись и даютъ крайне одностороннюю вполнѣ другъ друга исключающую оцѣнку годности судоустройства и судопроизводства. Такъ пасторъ Wahl (Unsere Rechtspflege iiu Volksbewustsein) доказываетъ, что современная германская юстиція ничто иное, какъ ungeheuerlich himmelschreiend Klassenjustiz. Теодоръ Липпсъ профессоръ психологіи доходитъ до заявленія, что неподкупность судей—легенда. Профессоръ Ридигеръ произнесъ цѣлую филиппику въ прусской палатѣ господъ противъ касты юристовъ, престижъ которой крайне быстро падаетъ. Людвигъ Флотау въ брошюрѣ Mehr Schutz für die Rechtspflege описываетъ разнообразныя вліянія и властей и газетъ, которыя приходится испытывать слѣдственной и судебной власти въ ихъ дѣятельности. Aulus Agerius и Numerius Negidus (Preussische Strafjustiz) описываютъ чрезвычайно преобладающее и вредное для правосудія вліяніе прокуратуры, изъ рядовъ которой преимущественно замѣщаются мѣста судей и чрезмѣрныя требованія прокурорскаго надзора, съ которыми суду трудно справляться. Матеріалъ для выводовъ о дѣятельности судовъ даютъ газеты, но вмѣстѣ съ тѣмъ онѣ вносятъ и политическую окраску, поэтому одна сторона ссылается на Vorwärts, другая на Reichsboten (ср. Dr. Lippman Zur Kritik richterlichen Urtheile und der Rechtspflege 1901). Но и юристы профессіональные не остаются въ долгу; на страницахъ Deutsche Juristen Zeitung за 1903 годъ рядъ статей: Штенглейнъ находитъ, что въ судѣ присяжныхъ разочаровались и изъяли изъ его вѣдѣнія дѣла о государственныхъ преступленіяхъ, о нарушеніи законовъ о печати, а Гаммъ поясняетъ, кто именно разочаровался, заявляя, что in Kreisen der Juristen нѣтъ сомнѣній въ необходимости замѣнить судъ присяжныхъ судомъ шеффеновъ. По этому поводу почтенный амтерихтеръ Замтеръ, съ сужденіями котораго мы уже встрѣчались при разборѣ новеллы 1895 года, говоритъ, что опытъ не далъ никакихъ указаній, чтобы шеффены были желательными судьями въ запутанныхъ юридическихъ вопросахъ и экспериментъ съ соединеніемъ присяжныхъ съ судьями въ одну коллегію будетъ несомнѣнно опасенъ.

Я думаю, что этотъ краткій обзоръ реформаціонныхъ дви-

женій въ области германскаго судебнаго строя вполнѣ убѣждаетъ, въ какой мѣрѣ здѣсь вопросъ о судѣ присяжныхъ и о судѣ шеффеновъ находится и ставится въ неразрывную органическую связь со всѣмъ судебнымъ строемъ, въ какой мѣрѣ эти вопросы представляются въ чисто мѣстной, сильно окрашенной политескими страстями, оболочкѣ и наконецъ, въ какой мѣрѣ всѣ эти данныя при такихъ условіяхъ не могутъ явиться предметомъ обсужденія международнаго конгресса, разумѣется совершенно не компетентнаго для того, чтобы разобраться въ мѣстныхъ условіяхъ. Да наконецъ я думаю, что предъидущее изложеніе вовсе и не вызываетъ убѣжденія въ существованіи какихъ либо недостатковъ въ постановкѣ суда присяжныхъ. Единственный твердый выводъ,— что въ Германіи ученые юристы по чисто теоретическимъ, я бы дерзнулъ сказать даже чисто схоластическимъ соображеніямъ, съ самаго введенія суда присяжныхъ относятся къ нему враждебно, что не можетъ разумѣется не отражаться крайне пагубно на дѣятельности этого института. Взамѣнъ суда присяжныхъ „юристы“ добиваются введенія суда шеффеновъ, только потому, что эта форма суда даетъ большій просторъ и возможность юристамъ вліять на разрѣшеніе дѣлъ и ставитъ общественный элементъ въ прямое подчиненіе юристамъ. При этомъ юристы нисколько не смущаются тѣмъ, что судебный опытъ не даетъ никакихъ данныхъ, которыя бы обѣщали новой мѣрѣ успѣхъ. Впрочемъ и въ Германіи, и въ Италіи, и въ Швейцаріи и во Франціи шеффенское движеніе, имѣющее несомнѣнно крайне легкомысленный характеръ, не привело ни къ какимъ результатамъ и соотвѣтственныя предположенія были отвергнуты также какъ и въ Германіи.

Такъ въ Италіи, гдѣ тоже учреждена особая коммисія для выработки новаго устава уголовнаго судопроизводства (Atti della Commissione instituta—Lavori preparotorii del codice di procedura penale per il regno d'Italia) извѣстный юристъ Пессина попытался предложить введеніе взамѣнъ суда присяжныхъ суда шеффеновъ изъ 4 коронныхъ и 8 шеффеновъ, слитыхъ въ одну коллегію. Въ пользу этого предложенія г. Пессина привелъ соображенія чисто отвлеченныя: говорятъ, что присяж-

ные засѣдатели—это общественная совѣсть, но вѣдь они представляютъ не все общество, а лишь наименѣе интеллигентную часть, наименѣе привычную въ отдѣленіи справедливаго отъ несправедливаго, а потому, чтобы установить полное представительство всего общества, надо слить юристовъ съ присяжными. Предложеніе это подверглось въ коммисіи жестокой критикѣ со стороны Луккини, указавшаго, что не имѣется никакихъ указаній на преимущества сліянія коллегій въ одну; что если допускать такое сліяніе, то лучше совсѣмъ закрыть судъ присяжныхъ; большинство коммисіи отвергло предложеніе Пессина и постановило сохранить судъ присяжныхъ въ нынѣшнемъ его видѣ. Совершенно аналогичное предложеніе было сдѣлано въ кантонѣ Цюрихѣ (именно сліяніе 3 коронныхъ судей и 6 присяжныхъ) и было отвергнуто, при чемъ судъ присяжныхъ сохраненъ въ нынѣшнемъ его составѣ (Dr. Rottenberger—Klein, Geschichte und Kritik des Schwurgerichts-verfahrens 1903 стр. 253). Я думаю, что примѣръ кантона Тессина, гдѣ коронные судьи тоже выборные, какъ и присяжные, едва ли можетъ идти въ счетъ.

Полнымъ неуспѣхомъ кончилась и во Франціи агитація въ пользу введенія суда шеффеновъ взамѣнъ суда присяжныхъ. Соотвѣтственное предложеніе было внесено на обсужденіе вліятельнаго французскаго общества Societé Genéralé des prisons Крюппи (Jean Cruppi), авторомъ извѣстной, можно сказать выдающейся работы о французскомъ судебномъ строѣ La cour d'assises. Пренія заняли два засѣданія (Revue penitent. 1899 и 1900), при чемъ наиболѣе выдающіеся французскіе юристы высказались категорически за нынѣшній судъ присяжныхъ (Гарсонъ, Гарро, Брего, Ру, Жоли и др.). Гарро отмѣтилъ, что судъ присяжныхъ, именно въ виду его независимаго отъ коронной коллегіи положенія, вынуждаетъ своимъ присутствіемъ къ точному соблюденію всѣхъ процессуальныхъ правилъ, ограждающихъ выясненіе истины и права личности, что онъ обезпечиваетъ индивидуализацію въ мѣрахъ, принимаемыхъ противъ преступниковъ. Гарсонъ, при апплодисментахъ собранія, приводилъ примѣры мужества, проявленнаго присяжными при вынесеніи вердиктовъ по громкимъ

дѣламъ. Брего отмѣтилъ важность самаго характера вердикта присяжныхъ, который является окончательнымъ, безповоротнымъ, представляетъ разрѣшеніе и умиротвореніе волненія, вызваннаго преступленіемъ; le jury c'est le peuple, il est irresponsable, il est impersonnel. Профессоръ Ру справедливо указалъ, что не имѣется ровно никакихъ данныхъ, чтобы разсчитывать на успѣхъ шеффенскаго суда въ примѣненіи къ дѣламъ, разсматриваемымъ присяжными засѣдателями, когда даже на родинѣ этотъ институтъ примѣняется лишь къ маловажнымъ дѣламъ, а тутъ вѣдь еще предстоитъ пересадка въ новыя условія. Правда, нѣкоторые изъ предсѣдателей провинціальныхъ судовъ высказались за шеффенскій судъ, но они вмѣстѣ съ тѣмъ съ очевидною цѣлью характеризовать сокровенную мысль, руководившую ими, требовали одновременно еще большаго усиленія и безъ того неограниченной власти предсѣдателя суда. Когда профессоръ Ларнодъ сталъ доказывать, что всякое дѣло должно быть поручено знатоку дѣла профессіоналу, то Жоли справедливо замѣтилъ ему, что тогда надо было бы упразднить многое, напримѣръ палату депутатовъ, замѣнивъ ее спеціалистами. Наконецъ лучшіе, самые извѣстные представители судебнаго міра Франціи заявили, что въ случаѣ, если бы судъ присяжныхъ былъ упраздненъ, то коронный судъ не могъ бы взять на себя дѣло этого суда, ибо коронный судъ не имѣетъ того рѣшающаго безспорнаго авторитета и популярности, которымъ пользуется судъ присяжныхъ. Если бы судъ присяжныхъ былъ упраздненъ, то, по мнѣнію этихъ лицъ, его функціи, какъ высшаго нравственнаго авторитета, осуждающаго и клеймящаго преступленіе и преступника, перешли бы къ разнымъ учрежденіямъ и прежде всего къ прессѣ, которая едва ли бы справилась съ дѣломъ такъ же хорошо какъ судъ присяжныхъ. Такъ и безъ голосованія было осуждено предложеніе Крюппи о введеніи суда шеффеновъ и была прибавлена только лишняя черта къ характеристикѣ этого „шеффенскаго“ движенія, оказавшагося во всѣхъ странахъ столь же неосновательнымъ. Но странно, что въ этомъ высшемъ авторитетномъ обществѣ французскомъ, обсуждавшемъ предложеніе того са-

маго Крюппи, который раскрылъ такъ глубоко въ своей книгѣ «La cour d'assises» громадные недостатки современнаго французскаго судебнаго строя, не раздалось ни одного слова объ этихъ недостаткахъ. А между тѣмъ именно отъ этихъ недостатковъ должно было будто бы излѣчить введеніе суда шеффеновъ; именно эти недостатки даютъ основаніе для постоянныхъ нареканій на судъ присяжныхъ какъ во Франціи такъ и въ странахъ, гдѣ какъ въ Италіи, Греціи отчасти Германіи заимствовали изъ Франціи судъ присяжныхъ, со всѣми недостатками его постановки. Вотъ почему, не обращая этого вопроса въ общій, я считаю необходимымъ кратко остановиться на этихъ недостаткахъ и сравнить французскій судебный строй съ русскимъ, который обезпечиваетъ суду присяжныхъ такую успѣшную дѣятельность.

Во Франціи мы встрѣчаемся съ тѣми же фактами, съ которыми мы уже познакомились въ Германіи: съ крайнимъ нерасположеніемъ къ суду присяжныхъ большинства судебнаго персонала и въ особенности могущественнаго прокурорскаго надзора. Это сила громадная, съ своею монополіей обвиненія нигдѣ ни въ одной странѣ не проведенной съ такою изумительною послѣдовательностью; сила, вся проникнутая не столько чувствомъ законности, сколько соображеніями цѣлесообразности и политики; сила, пополняющая изъ своихъ рядовъ въ значительной степени высшіе ряды магистратуры и держащая эту магистратуру чрезъ министра юстиціи въ своихъ рукахъ путемъ надзора и повышеній. Для характеристики направленія этой силы достаточно привести циркуляръ министра Велле отъ первыхъ чиселъ мая 1903 года (Revue penit. 1903 стр. 790), гдѣ онъ не постѣснился предлагать прокурорамъ по поводу разсмотрѣнія дѣла о закрываемыхъ религіозныхъ конгрегаціяхъ «me signaler les magistrats de votre ressort, qui lors de l'execution des lois precitées se sont distingués à la fois par leur modération et la fermété qu'ils ot apporté dans l'exercice de leurs fonctions. А Комбъ, президентъ кабинета министровъ за нѣсколько дней до того сказалъ въ парламентѣ про представителей конгрегацій, qu'ils escomptent les *defaillances* possibles des tribunaux. Такъ относятся прокуратура и министры

къ короннымъ судьямъ и ихъ независимости. Понятно, съ какимъ нерасположеніемъ эта же прокуратура традиціонно, съ самаго введенія суда присяжныхъ, относится къ этому дѣйствительно независимому суду, и какъ она постаралась ограничить до минимума его компетенцію и лишить его и по дѣламъ, оставленнымъ за нимъ, возможности принимать дѣйствительное, разумное, участіе въ отправленіи правосудія. Въ этомъ отношеніи она встрѣтила союзника уже въ Наполеонѣ I, который согласился на внесеніе суда присяжныхъ въ кодексъ 1808 года только крайне неохотно и рядомъ съ этимъ судомъ сохранила въ силѣ весь процессъ дореформенный, инквизиціонный по Ordonnance 1670 года, что дало основаніе Крюппи остроумно замѣтить, что судебный строй Франціи съ судомъ присяжныхъ, какъ вѣнцомъ, имѣетъ видъ средневѣковаго зданія, украшеннаго крышей китайской пагоды. Но кромѣ несогласованности всего характера процесса съ дѣятельностью суда присяжныхъ, постановка самаго суда присяжныхъ глубоко неправильна. Не слѣдуетъ забывать, что судъ присяжныхъ состоитъ не изъ одной коллегіи присяжныхъ, а еще и коллегіи коронныхъ судей, хотя обѣ коллегіи и поставлены другъ отъ друга независимо.

И вотъ эта коронная коллегія проникнута къ суду присяжныхъ тѣмъ же нерасположеніемъ какъ и прокуратура. Но мало того, она совершенно некомпетентна въ томъ дѣлѣ, которое ей ввѣряется. Во Франціи изученіе уголовнаго права и процесса въ полномъ пренебреженіи и даже въ программу на званіе доктора правъ не включаются эти науки. Но и практическая дѣятельность не вырабатываетъ опытныхъ криминалистовъ, главный предметъ дѣятельности французскихъ судовъ—это гражданское право и процессъ, ему посвящены лучшія силы и при томъ въ размѣрѣ почти $^5/_6$ всего состава. Уголовный судъ имѣетъ совершенно случайный составъ: предсѣдатель его командируется по выбору министра юстиціи обыкновенно на годъ изъ числа гражданскихъ судей въ видѣ переходной ступени передъ повышеніемъ, обвинитель-прокуроръ тоже не болѣе какъ на годъ изъ числа товарищей прокурора палаты, дающихъ заключенія по гражданскимъ дѣ-

ламъ, а членовъ даетъ судъ 1-ой инстанціи (исправительной полиціи) тоже главнымъ образомъ занимающихся гражданскими дѣлами, а при разсмотрѣніи уголовныхъ дѣлъ стремящихся главнымъ образомъ къ быстротѣ и достигающихъ при этомъ разсмотрѣнія 100 дѣлъ въ день, что тоже едва-ли можетъ быть признано хорошей стороной. Но коронная коллегія въ уголовномъ судѣ не только некомпетентна, не только враждебно настроена къ суду присяжныхъ, но она еще проникнута общимъ прокурорски-обвинительнымъ духомъ всего французскаго уголовнаго процесса, она именно настроена болѣе обвинительно даже чѣмъ представители прокурорскаго надзора и потому она не безпристрастна. Достаточно вспомнить я думаю тотъ непредусмотрѣнный въ законѣ interrogatoire, допросъ учиняемый предсѣдателемъ суда подсудимому, переходящій въ пререканіе, въ моральную пытку для подсудимаго, сопровождаемую, разумѣется, полною потерею судейскаго безпристрастія и даже достоинства. Послѣ такого допроса подсудимый въ глазахъ присяжныхъ становится естественно невинно преслѣдуемой жертвой произвола. И такой произвольный характеръ сообщается естественно всему веденію дѣла предсѣдателемъ. Достаточно упомянуть хотя бы о правѣ предсѣдателя по собственному почину и усмотрѣнію приглашать въ засѣданіе свидѣтелей не допрошенныхъ на слѣдствіи, съ оговоркою только что это à titre de renseignement и свидѣтели не подлежатъ приведенію къ присягѣ. Понятно въ какой мѣрѣ такимъ образомъ нарушаются самыя коренныя правила процесса, не допускающія предъявленія явно негодныхъ доказательствъ. Уже это отсутствіе въ судѣ безпристрастнаго и компетентнаго судьи указываетъ на опасное положеніе правосудія.

Но опасность положенія увеличивается еще тѣмъ, что и вторая коллегія присяжныхъ засѣдателей поставлена совершенно невѣрно. Отъ нея отнята всякая возможность спокойнаго разумнаго изученія дѣла; присяжные не участвуютъ въ судебномъ слѣдствіи, они не допрашиваютъ свидѣтелей, экспертовъ, они не участвуютъ въ выработкѣ и формулировкѣ тѣхъ вопросовъ, которые имъ ставятся на разрѣшеніе; они,

если не юридически, то фактически лишены возможности обращаться къ суду съ просьбою разъяснить имъ то или другое фактическое или юридическое недоумѣніе. Наконецъ, отъ нихъ отнята возможность упорядочить свое участіе въ дѣлѣ и главное пренія при обсужденіи поставленныхъ имъ вопросовъ: они лишены возможности выбрать себѣ предсѣдателя—старшину, таковымъ является первый вышедшій по жребію при составленіи скамьи присяжныхъ, быть можетъ вовсе не имѣющій данныхъ для веденія дѣла и руководства.

Въ довершеніе всѣхъ недостатковъ, всякія отношенія между двумя коллегіями стремящимися къ одной и той же цѣли: открытію истины по дѣлу,—закономъ устранены и не допускаются во имя совершенно невѣрнаго принципа о раздѣленіи сужденія о фактѣ отъ сужденія о правѣ, когда раздѣляется только сужденіе о виновности отъ сужденія о наказаніи. Англійскій процессъ, разумѣется, этого принципа не знаетъ и англійскіе судьи въ ихъ charge подробно разъясняютъ всѣ юридическія стороны дѣла, да иначе и быть не можетъ, ибо и во Франціи присяжнымъ засѣдателямъ ставятъ вопросы о виновности въ дѣяніяхъ, предусмотрѣнныхъ въ уголовномъ уложеніи, т. е. юридически конструированныхъ. Тѣмъ не менѣе во имя этого принципа предсѣдатель лишенъ права резюме—этого необходимаго корректива, приводящаго въ систему и порядокъ добытыя на слѣдствіи данныя и вмѣстѣ съ тѣмъ лишенъ права разъяснять юридическіе признаки дѣянія, которое судятъ присяжные и вообще давать имъ наставленія или даже разъяснять имъ ихъ обязанности, все это замѣнено печатнымъ наставленіемъ. Кажется, сдѣлано все, чтобы дезорганизовать судъ присяжныхъ и сдѣлать юрисдикцію *его случайной, основанной на чувствѣ и догадкахъ, а не на разумномъ, всестороннемъ изученіи дѣла.* Но можно ли по этому поводу говорить вообще о годности или негодности суда присяжныхъ или о тѣхъ или иныхъ коррективахъ въ постановкѣ его, когда нужно исправить тѣ, такъ сказать, *домашніе* чисто французскіе недостатки постановки правосудія, которые, однако, перешли изъ Франціи въ другія государства, откуда теперь особенно раздаются жа-

лобы на судъ присяжныхъ. Что эти недостатки вовсе не присущи самой природѣ суда присяжныхъ, лучше всего доказываетъ русскій процессъ. Талантливые составители русскихъ судебныхъ уставовъ 1864 годя заимствовали до извѣстной степени правила о судѣ присяжныхъ изъ Франціи, но приняли при этомъ во вниманіе и англійскій образецъ и нѣмецкую переработку и выработали самостоятельный, вѣрно поставленный типъ процесса. Прежде всего, что касается до коронной коллегіи, то она состоитъ изъ опытныхъ юристовъ криминалистовъ, прошедшихъ солидную школу въ нашихъ университетахъ, гдѣ преподаваніе уголовнаго права и процесса поставлено на большую высоту. Но далѣе, прежде чѣмъ достигнуть мѣста предсѣдателя суда съ присяжными (т. е. фактически мѣста товарища предсѣдателя окружнаго суда), этимъ юристамъ, по окончаніи университета, приходится занимать рядъ должностей и въ особенности долгіе годы быть членами окружнаго суда (уголовнаго отдѣленія); такимъ образомъ, къ теоретическимъ познаніямъ присоединяется и большая практическая опытность. Независимость нашихъ судей отъ прокурорскаго надзора и вообще отъ всякихъ начальствъ внѣ всякаго сомнѣнія; они не выбираются министерствомъ ни на годъ ни вообще временно, они обыкновенно занимаютъ должность предсѣдателя суда съ присяжными засѣдателями многіе годы почти не двигаясь по службѣ, но за то и безпристастіе ихъ стоитъ внѣ соблазновъ и внѣ сомнѣній. Они нисколько не заражены обвинительнымъ духомъ, наоборотъ, скорѣе наклонны къ оправданію, разъ виновность не установлена вполнѣ несомнѣнно. О какомъ либо pouvoir descretionaire французскаго предсѣдателя или подобныхъ ему дѣйствіяхъ, разумѣется, нѣтъ и рѣчи. Другая коллегія присяжныхъ засѣдателей, пополняемая изъ очень широкаго круга лицъ, поставлена по закону на судѣ въ болѣе благопріятныя условія чѣмъ даже въ австрійскомъ процессѣ. Присяжнымъ засѣдателямъ обезпечивается уставомъ уголовнаго судопроизводства равное съ судьями участіе въ судебномъ слѣдствіи, т. е. они допрашиваютъ свидѣтелей, экспертовъ, осматриваютъ вещественныя доказательства, имѣютъ

право требовать разъясненія всего имъ непонятнаго, выбираютъ, разумѣется, сами старшину и, наконецъ, участвуютъ въ формулировкѣ и выработкѣ поставляемыхъ имъ вопросовъ. Передъ уходомъ для совѣщанія они выслушиваютъ резюме предсѣдателя, въ которомъ и по закону и на практикѣ не содержится никакихъ указаній, какъ имъ разрѣшить дѣло, но за то всеобъемлюще и безпристрастно приводятся въ порядокъ и систему всѣ фактическія данныя, выяснившіяся на судѣ и даются подробныя разъясненія по всѣмъ юридическимъ вопросамъ, возникающимъ по дѣлу: о признакахъ и составѣ даннаго преступленія, о послѣдствіяхъ устраненія того или другого признака, о степени осуществленія умысла и т. д. При такихъ условіяхъ понятно, что судъ присяжныхъ въ Россіи пользуется громадною популярностью и любовью и прежде всего любовью коронныхъ юристовъ, что несомнѣнно значительно содѣйствуетъ успѣху его дѣятельности.

Наши коронные юристы не заражены ни духомъ касты, ни духомъ схоластической систематики, а потому они съ любовью встрѣтили судъ присяжныхъ и сохранили эти симпатіи въ теченіе уже 40 лѣтъ дѣятельности суда присяжныхъ. Когда десять лѣтъ тому назадъ, въ виду учрежденія особой коммисіи для пересмотра судебныхъ уставовъ, было собрано совѣщаніе высшихъ представителей судебнаго вѣдомства на мѣстахъ: старшихъ предсѣдателей и прокуроровъ судебныхъ палатъ, то изъ 20 человѣкъ 18 находили, что судъ присяжныхъ дѣйствуетъ безукоризненно хорошо, а изъ двухъ возражавшихъ противъ суда присяжныхъ одинъ оказался никогда не работавшимъ съ судомъ присяжныхъ (Журналъ Министерства Юстиціи 1895 года, № 4). Самъ Министръ Юстиціи произнесъ въ коммисіи горячую рѣчь въ пользу суда присяжныхъ и все время рѣшительно высказывался въ защиту его дѣятельности. Когда тѣмъ не менѣе, въ виду предположенной, но не осуществленной и донынѣ реформы, появились въ печати отзывы двухъ лицъ неблагопріятные суду присяжныхъ (изъ нихъ одно участвовало въ указанномъ выше совѣщаніи), то С.-Петербургское Юридиче-

ское Общество, считающее въ своемъ составѣ лучшія силы юриспруденціи какъ въ области теоріи, такъ и въ области практики, собралось 6 апрѣля 1896 года въ торжественное засѣданіе, при участіи представителей Московскаго Юридическаго Общества, для выслушанія доклада извѣстнаго юриста, ученаго и практика, почетнаго члена Академіи Наукъ К. К. Арсеньева, посвященнаго суду присяжныхъ засѣдателей. Въ послѣдовавшихъ преніяхъ, какъ и въ самомъ докладѣ, было выражено единогласное, безъ всякихъ ограниченій сочувствіе суду присяжныхъ и порицаніе двумъ неявившимся, не смотря на приглашеніе, противникамъ этого суда. Мнѣ остается прибавить, что въ то время какъ въ Германіи при трехчленномъ дѣленіи — нарушенія, проступки и преступленія—въ 1901 г. изъ числа 466838 проступковъ и преступленій только 5100 были судимы судомъ присяжныхъ, въ Италіи въ 1900 году, изъ числа 304392 delitti, только 4843 судились въ судѣ присяжныхъ и во Франціи при 218057 дѣлахъ въ судѣ исправительной полиціи для суда присяжныхъ было удѣлено въ 1901 году всего 2283 дѣла, въ Россіи предъ судомъ присяжныхъ въ 1900 году предстало 26805 дѣлъ, а передъ окружнымъ судомъ безъ присяжныхъ и судебною палатою 33605. Такіе широкіе предѣлы компетенціи суда, существующаго уже 40 лѣтъ, лучше всего аттестуютъ эту дѣятельность. Я не буду утверждать, что репрессія русскаго суда присяжныхъ сильнѣе, чѣмъ въ Западной Европѣ, но она приблизительно такая же и что главное она отвѣчаетъ вполнѣ требованіямъ справедливости. Я позволилъ себѣ подробно остановиться на дѣятельности русскаго суда присяжныхъ не изъ хвастовства и шовинизма и не для разрѣшенія какихъ-либо общихъ вопросовъ, а единственно для того, чтобы показать, что именно нѣтъ и не можетъ быть общаго вопроса о судѣ присяжныхъ, что не имѣется также основаній для его преобразованія вообще, а надо его лишь прочно и правильно поставить въ каждой странѣ примѣнительно къ мѣстнымъ условіямъ, согласовать весь судебный строй съ основными принципами этого суда. Зачѣмъ далеко ходить за примѣрами, не исключая даже самыхъ маленькихъ государствъ, когда

такое крупное государство, съ высоко развитымъ государственнымъ строемъ, какъ Венгрія, по зрѣломъ обсужденіи иностранныхъ судебныхъ порядковъ только что ввело у себя судъ присяжныхъ. Это лучшій практическій отвѣтъ на сомнѣніе, не устарѣла ли идея суда присяжныхъ, отвѣчаетъ ли она современнымъ взгядамъ на правосудіе.

Нѣтъ, эта идея не устарѣла, но если подъ вліяніемъ выводовъ изъ ближайшаго наблюденія надъ примѣненіемъ тюремнаго заключенія, какъ почти единственнаго современнаго наказанія, подъ вліяніемъ новыхъ весьма благотворныхъ и свѣтлыхъ идей, въ области уголовной репрессіи происходитъ переворотъ, ищутъ новыхъ путей, то не надо по этому поводу колебать безъ всякихъ основаній устои современнаго прекраснаго суда, надъ выработкой и усовершенствованіемъ котораго трудились такъ мучительно и такъ долго.

Вотъ почему я и полагаю, что судъ присяжныхъ и въ настоящее время является наиболѣе совершеннымъ органомъ правосудія, замѣчаемыя же въ нѣкоторыхъ государствахъ несовершенства въ дѣятельности этого суда объясняются недостатками мѣстныхъ процессуальныхъ порядковъ, которые обсужденію международнаго конгресса подлежать не могутъ.

С. Гогель.

ЮРИДИЧЕСКАЯ ПРИРОДА ИНСТИТУТА „ОТВѢТСТВЕННАГО РЕДАКТОРА ПЕРІОДИЧЕСКИХЪ ИЗДАНІЙ“.

(Одна изъ новѣйшихъ теорій въ ученіи о свободѣ печати [1]*)).*

I.

Вопросъ о юридическомъ характерѣ института „отвѣтственнаго редактора“ періодическихъ изданій принадлежитъ къ числу такихъ вопросовъ, которые представляютъ далеко не одинъ только кабинетный интересъ, а ставятся на очередь самою жизнью. Въ самомъ дѣлѣ, развѣ рѣшеніе этого вопроса не находится въ непосредственной связи съ принципіальнымъ воззрѣніемъ на значеніе печати въ ряду элементовъ современной культуры? Развѣ, въ свою очередь, тотъ или иной принципіальный критерій, положенный въ основу воззрѣнія на существо свободы печати, не долженъ опредѣляющимъ образомъ вліять на развитіе „положительнаго права печати“ и на политику правящихъ сферъ „по дѣламъ печати“?

Между тѣмъ въ научно-юридической литературѣ, „отвѣтственный редакторъ“ трактуется до настоящаго времени подъ рубрикой или, по крайней мѣрѣ, подъ угломъ зрѣнія одной

---

[1]) См. Ueber das Verhältniss zwischen Staat und Presse mit besonderer Berücksichtigung der Schweiz, Ein Beitrag zur Lehre von der Pressfreiheit. Von Dr. jur. Oskar Wettstein, Privatdocent für journalistische Fächer an der Staate wissenschaftlichen Facultät der Universität Zürich. Zürich 1904. Сравн. того же автора: Die Tagespresse in unsern Kultur, Antrittsvorlesung. Zürich. 1903.

изъ любопытныхъ спорныхъ проблемъ теоріи уголовнаго права. Послѣдовательное логическое мышленіе криминалиста ищетъ объясненія такого, повидимому, совершенно несогласимаго съ основными положеніями науки уголовнаго права явленія, какъ „отвѣтственность за дѣянія третьихъ лицъ“. Отвѣтственный редакторъ періодическихъ изданій, по дѣйствующему праву большинства современныхъ государствъ, можетъ быть привлеченъ къ суду и понести наказаніе за поступки, которыхъ онъ самъ не совершалъ, и въ то же время законъ избавляетъ отъ всякой отвѣтственности тѣхъ, кто дѣйствительно участвовалъ въ самомъ воспроизведеніи состава запрещеннаго дѣянія. Это ли не прямое противорѣчіе съ самой элементарной справедливостью?

Въ литературѣ вопроса можно указать несомнѣнно немало весьма остроумныхъ попытокъ устранить такое противорѣчіе или дать для него болѣе или менѣе удовлетворительное теоретическое и право-политическое истолкованіе [1]). Но въ большинствѣ случаевъ всѣ эти попытки не приводятъ къ какимъ-либо положительнымъ результатамъ и заключаютъ въ себѣ не рѣшеніе спорнаго вопроса по существу, а только новыя фикціи или аналогіи. Такъ, напримѣръ, можно встрѣтить предложеніе считать отвѣтственнаго редактора за единственнаго фактическаго создателя и автора всего того, что приноситъ читателю газета; юридическую природу отвѣтственности редактора предлагаютъ разсматривать и конструировать по аналогіи съ actio de effusis et dejectis въ римскомъ преторскомъ правѣ и т. п.

Общей чертой, которая красною нитью проходитъ черезъ всю аргументацію большинства представителей науки уголовнаго права, когда заходитъ рѣчь объ „отвѣтственномъ редакторѣ“, и требуется опредѣлить юридическую природу его уголовно-правовой отвѣтственности, является основное воз-

---

[1]) См. напр. Berner. Lehrbuch des deutsches Pressrechts. 1886. S. 20, ff; S. 208 ff. v. Liszt. Lehrbuch des österreichischen Pressrechts. 1878. S. 208 ff. A. Paccaud. Du règime de Ia Presse. Lausanne. 1887. p. 46—49; 296 suiv. Oetker. Die Strafrechtliche Haftung des verantwortlichen Redakteurs. 1893. Rob. Schmid. Die strafrechtliche verantwortung für Pressvergehen. 1894.

зрѣніе на „свободу печати“ какъ на субъективное право каждаго на свободное выраженіе своихъ мыслей путемъ печати, поскольку такая свобода признается дѣйствующимъ положительнымъ правомъ [1]). Эта традиціонная индивидуалистическая точка зрѣнія и служитъ, между прочимъ, однимъ изъ главныхъ источниковъ для неопредолимыхъ затрудненій. Въ самомъ дѣлѣ, если субъектомъ „права свободы печати“ является именно отдѣльное лицо, то ясно, что каждый долженъ лично и непосредственно отвѣчать за нарушеніе законныхъ границъ пользованія своимъ субъективнымъ правомъ, и при томъ на тѣхъ же основаніяхъ во всѣхъ безъ исключенія случаяхъ, когда печать является средствомъ для воспроизведенія запрещеннаго подъ страхомъ уголовной кары дѣянія. . . . .

Одной этой посылки, одного этого тезиса вполнѣ достаточно, чтобы „институтъ отвѣтственнаго редактора въ современномъ правѣ“ снова принялъ на себя личину неразгаданнаго Сфинкса и вовлекъ криминалиста-теоретика въ заколдованный кругъ неразрѣшимыхъ противорѣчій. . . . .

Гдѣ же слѣдуетъ искать выхода изъ этого круга? Какая идея должна служить юристу руководящей нитью для правильнаго рѣшенія вопроса?

Указать такую нить Аріадны и намѣтить хотя бы въ самыхъ общихъ чертахъ этотъ путь ставитъ себѣ задачей одна изъ новѣйшихъ теорій въ ученіи о „правѣ свободы печати“.

Основная мысль этой теоріи заключается въ томъ главномъ предположеніи, что для рѣшенія спорнаго вопроса центральнымъ пунктомъ является не столько чисто-уголовно-правовая конструкція, сколько уясненіе самаго положенія института отвѣтственнаго редактора періодическихъ изданій въ системѣ публичнаго права современнаго государства.

Такимъ образомъ, проблема переносится на почву государственной науки. Правильное пониманіе природы современнаго государства и основныхъ культурныхъ условій его жизни и дѣятельности—вотъ та область, гдѣ слѣдуетъ искать необходимый принципіальный критерій.

---

[1]) Ср. v. Liszt. Das deutsche Reichspressrecht. 1880. S. 1. Löning въ Bluntschlis Staatswörterbuch. 1896. Band. III.

Несомнѣнно, въ такой постановкѣ самая проблема пріобрѣтаетъ право на вниманіе не однихъ только теоретиковъ уголовнаго права. Попыткой дать съ указанной точки зрѣнія соотвѣтствующее рѣшеніе этой проблемы является та публично-правовая теорія въ ученіи о свободѣ печати, которую предлагаетъ *Оскаръ Веттштейнъ* въ своей недавно вышедшей интересной книгѣ „о взаимномъ отношеніи государства и печати“ [1]).

Познакомимся сначала съ общимъ ходомъ мыслей автора.

II.

Можно-ли разсматривать свободу печати исключительно какъ субъективное право отдѣльнаго лица, или-же „право свободы печати“ является своеобразнымъ институтомъ въ публичномъ правѣ современнаго государства и носитъ не столько индивидуальный, сколько общественный характеръ и вслѣдствіе этого именно требуетъ совершенно особаго отношенія къ себѣ со стороны законодателя при установленіи уголовной отвѣтственности за правонарушенія путемъ печатнаго слова?

Чтобы отвѣтить на этотъ вопросъ, необходимо прежде всего уяснить себѣ измѣняющееся съ ходомъ исторіи значеніе общественнаго мнѣнія для государства [2]).

Античное государство знало только одно дѣйствительное средство для выраженія взглядовъ и мнѣній по вопросамъ политической жизни—это рѣчь въ народномъ собраніи. Если ораторъ находилъ сочувствіе въ слушателяхъ, если его слова отвѣчали убѣжденію большинства, то слово могло немедленно перейти въ дѣло,—въ рѣшеніе суверенаго народа и стано-

---

[1]) См. выше, примѣч. 1; авторъ, привать-доцентъ юридическаго факультета въ Цюрихѣ, состоитъ однимъ изъ редакторовъ газеты „Züricher Post“, органа съ демократическимъ направленіемъ, но безъ соціалдемократической окраски и симпатій.

[2]) Кромѣ указанныхъ ранѣе сочиненій Berner, v. Liszt, авторъ цитируетъ въ своемъ историческомъ очеркѣ: Hatin. Manuel theorique et pratique de la liberté de la presse. Paris. 1868; Salomon. Geschichte des deutschen Leitungswesens. 1900.

вилось такимъ образомъ непосредственнымъ актомъ воли государства. Противорѣчія между такимъ общественнымъ мнѣніемъ и государственной властью не могло возникнуть.

Съ изобрѣтеніемъ печатнаго станка мысли и убѣжденія получили возможность не исчезать безслѣдно, какъ устная рѣчь. Облекшись въ печатную форму, слово и мысль получили, можно сказать, безсмертіе или близкую къ безсмертію долговѣчность. Печатное слово обращается ко всѣмъ и каждому; мысль, закрѣпленная въ печати, остается дѣятельной силой, она можетъ встрѣтить вражду или сочувствіе, пріобрѣтать противниковъ или единомышленниковъ, и при томъ внѣ всякой зависимости отъ соотвѣтствія или несоотвѣтствія со взглядами и желаніями правящей воли. Печать создала такимъ образомъ рядъ условій, существенно необходимыхъ для возникновенія независимаго общественнаго мнѣнія. Государство со своей стороны должно было считаться съ этимъ новымъ факторомъ.

То или иное отношеніе государства къ общественному мнѣнію находится въ самой тѣсной связи съ общимъ его строемъ.

Средневѣковое государство покоилось уже не на волѣ народа, какъ эллинское или Римъ въ доимператорскій періодъ. Напротивъ, это было государство съ абсолютнымъ господствомъ личной власти и личной воли монарха или ограниченнаго правящаго класса. Воля государства отожествлялась съ волей власть имущаго.

Весьма естественно, что однимъ изъ послѣдствій такого положенія дѣла должно было явиться недовѣрчивое и даже прямо враждебное отношеніе къ независимому общественному мнѣнію, въ которомъ могла получить выраженіе другая воля—воля цѣлаго народа съ его желаніями и запросами. Печать, какъ органъ общественнаго мнѣнія, съ самаго начала оказалась поставленной въ положеніе гонимаго и преслѣдуемаго противника. Починъ въ гоненіяхъ на печать принадлежитъ церкви. Церковь въ средніе вѣка являлась еще болѣе сильной, чѣмъ само государство, организаціей господствующей надъ личностью воли; къ тому-же церковь предъявляла права

на обладаніе и мыслью и чувствомъ своихъ сыновъ. Здѣсь столкновеніе съ непокорнымъ печатнымъ словомъ должно было сказаться съ особой рѣзкостью. Церковь вела борьбу съ неумолимымъ рвеніемъ и послѣдовательностью. Папы и послушные имъ епископы ввели строгую цензуру уже въ 15 столѣтіи. Примѣру церкви не замедлили послѣдовать и представители свѣтской власти.

Реформаціонное движеніе, пока оно оставалось прежде всего протестомъ противъ гнета и злоупотребленій католической церкви, должно было искать опоры въ общественномъ мнѣніи; поэтому первое время дѣятели реформаціи были противъ цензуры. Но какъ только реформированная церковь сама обратилась къ ортодоксальной догматикѣ въ своихъ ученіяхъ и стала организованной силой въ своемъ устройствѣ, цензура явилась для нея не менѣе желаннымъ оружіемъ и получила самое широкое примѣненіе.

Въ дореволюціонную эпоху можно указать лишь небольшой періодъ времени, когда получила извѣстное признаніе мысль, что государственная власть вовсе не должна во что-бы то ни стало бороться съ общественнымъ мнѣніемъ и идти противъ него, а скорѣе имѣетъ всѣ основанія опираться на общественное мнѣніе и искать въ немъ сочувствія. Это были первые годы правленія Фридриха Великаго въ Пруссіи и начало царствованія Іосифа II въ Австріи. Но единичные опыты просвѣщеннаго абсолютизма дать печати извѣстную свободу привели въ концѣ концовъ къ возстановленію репрессіи и гоненій совершенно въ духѣ „добраго стараго времени“. Иначе, впрочемъ, и быть не могло. Съ одной стороны, печать не могла изъ состоянія полнаго рабства сразу, точно по волшебству, стать свободной, достойной и политически зрѣлой выразительницей общественнаго мнѣнія; вырвавшійся изъ тѣснинъ потокъ причинилъ болѣе вреда, чѣмъ пользы своей стремительностью. Съ другой стороны, господствующее теченіе мысли—раціонализмъ, какъ основа политической доктрины, призывалъ личность къ свободѣ и самоутвержденію. Ясно, что просвѣщенный абсолютизмъ былъ поставленъ въ положеніе самообороны по отношенію къ печати, какъ органу

общественнаго мнѣнія и провозвѣстнику возрастающаго общественнаго самосознанія.

Кореннымъ образомъ измѣнила положеніе дѣла лишь французская революція.

Созывъ генеральныхъ штатовъ послужилъ, какъ извѣстно, прологомъ къ революціонной грозѣ. Не знаменательно ли, что само правительство Людовика XVI въ качествѣ первой задачи указало генеральнымъ штатамъ именно на введеніе свободы печати? Революція создала для свободной печати впервые широкое принципіальное основаніе. Провозглашеніемъ идеи народнаго суверенитета былъ заложенъ фундаментъ для государства новаго времени, которое если и не зиждется всегда безъ исключенія на началѣ народнаго верховенства, то безспорно признаетъ важное значеніе общественнаго мнѣнія и включаетъ его, какъ одинъ изъ необходимыхъ жизненныхъ элементовъ, въ число другихъ условій своего здороваго политическаго развитія и преуспѣянія.

Однако, яркія и свѣтлыя идеи скоро были затемнены во Франціи ходомъ историческихъ событій. Вмѣсто идеальнаго народовластія получила господство охлократія, которую смѣнилъ деспотизмъ Наполеона I-го. Якобинцы не задумались первые набросить новыя узы на освобожденную печать, и потому, конечно, что ихъ образъ дѣйствій сталъ все болѣе и болѣе расходиться съ общественнымъ мнѣніемъ.

При Наполеонѣ I французское государство снова приняло форму, гдѣ государственная воля не отличается отъ личной воли правителя. Вполнѣ послѣдовательнымъ было поэтому стремленіе подавить всякое самостоятельное проявленіе общественнаго мнѣнія, какъ опасный зародышъ возможности образованія другой, независимой воли, которая не обладаетъ формальной обязательностью, но можетъ представлять собою внушительную силу. Эпоха Наполеона I ознаменована самыми рѣзкими мѣрами противъ печати: цензура была возстановлена въ полной силѣ и проводилась съ безусловной строгостью. Подобное отношеніе Наполеона къ печати есть лучшее свидѣтельство того, какъ хорошо онъ понималъ значеніе печати для общественнаго мнѣнія. „Печать—это новая

великая держава"—замѣчаніе Наполеона, ставшее афоризмомъ. Наполеонъ не только велъ борьбу съ этой признанной имъ силой, но и прилагалъ старанія сдѣлать ее своимъ послушнымъ орудіемъ. По примѣру Фридриха Великаго Наполеонъ неуклонно заботился объ установленіи вліянія правительства на искусственное образованіе общественнаго мнѣнія путемъ той же печати, поставленной въ зависимость отъ правительства и направляемой его агентами. Наполеонъ достигъ того, что въ Парижѣ, вмѣсто сотенъ періодическихъ изданій, остались только четыре „вполнѣ благонамѣренныхъ" органа... Но вотъ измѣнились обстоятельства. Послѣдовало паденіе Наполеона и затѣмъ короткая эпопея „ста дней". Вступивъ на почву Франціи, Наполеонъ искалъ поддержки въ народномъ чувствѣ и въ общественномъ мнѣніи; онъ не замедлилъ отмѣнить цензуру и провозгласить полную свободу печати. Впослѣдствіи, узникомъ на островѣ св. Елены, Наполеонъ выразилъ свой взглядъ на печать слѣдующимъ недвусмысленнымъ образомъ: Въ настоящее время относительно свободы печати уже не приходится говорить о томъ, является ли она благомъ или зломъ . . .; вопросъ можетъ заключаться лишь въ томъ, есть ли возможность противостоять потоку общественнаго мнѣнія. Не допускать свободы печати въ настоящее время было бы бьющимъ въ глаза анахронизмомъ, прямымъ безуміемъ...

Мы не можемъ слѣдить за дальнѣйшимъ ходомъ признанія и утвержденія начала свободы печати въ различныхъ государствахъ въ теченіе 19-го столѣтія [1]).

Но если принять во вниманіе современное положеніе дѣла и припомнить то, о чемъ свидѣтельствуетъ исторія, то общій выводъ укажетъ намъ на несомнѣнный параллелизмъ между тѣми формами, въ которыхъ мы имѣемъ возможность наблюдать историческое государство, и тѣмъ или инымъ отношеніемъ правительства къ общественному мнѣнію. Въ качествѣ общаго показателя того направленія, которому слѣдуетъ историческій процессъ, мы должны будемъ отмѣтить

---

[1]) Какъ это дѣлаетъ Веттштейнъ. См. указ. соч. S. 15 u. ff.

возрастающее вниманіе государства къ общественному мнѣнію и сознательное стремленіе установить тѣсную связь между политической жизнью и общественнымъ мнѣніемъ съ тѣмъ, чтобы пользоваться этою связью для укрѣпленія своихъ собственныхъ первоосновъ и для правильнаго направленія всей своей дѣятельности.

III.

Свидѣтельство исторіи находится въ полномъ соотвѣтствіи съ теоретическими положеніями и выводами современной науки государственнаго права.

Государство не разсматривается въ настоящее время какъ механическое соединеніе воль („общественный договоръ“) или какъ метафизическое понятіе. Современная наука говоритъ намъ, что государство есть высшая форма волевой организаціи народа, населяющаго извѣстную территорію. Государство, какъ таковое, обладаетъ первичной верховной властью и способностью къ самоопредѣленію. Но конечнымъ и необходимымъ субстратомъ для волевой дѣятельности государства является именно нація,—народъ, который представляетъ собою въ государствѣ, съ соціальной точки зрѣнія, союзное единство осѣдлыхъ людей, а съ юридической—корпоративную организацію этого единства [1]).

Для проявленія своей воли и дѣятельности государство нуждается въ цѣлой системѣ органовъ, которые могутъ быть единоличные и коллегіальные. Воля этихъ органовъ съ формально-юридической точки зрѣнія становится волей государства. Но въ то же время по существу, по содержанію и на-

---

[1]) Сравн. Еллинекъ. Право современнаго государства I., русск. переводъ Спб. 1903, стр. 108—114. Мы включили въ изложеніе основные тезисы Еллинека и этимъ позволимъ себѣ замѣнить передачу соотвѣтствующихъ доводовъ Веттштейна. Нельзя не пожалѣть, что авторъ не удѣлилъ больше вниманія тому именно вопросу, который, если стать на точку зрѣнія автора, долженъ быть краеугольнымъ камнемъ для „государственно-правовой“ теоріи свободы печати. Веттштейнъ ссылается на Laband, Staatsrecht. 4 Aufl. 1901, Bd. I., S. 51 ff.; Rehm Allgemeine Staatslehre 1899, S. 107; Rosin, in Hirts Annalen. 1883, S. 269.

правленію, эта воля должна находиться въ возможно большей гармоніи съ волей всего единства, съ запросами и потребностями всего народа. Если такой гармоніи нѣтъ въ достаточной степени, если въ государствѣ наступаетъ господство чьей-либо себялюбивой личной воли, то нарушается внутреннее равновѣсіе въ жизни и дѣятельности государства; противоположные элементы приходятъ въ столкновеніе, получается общее напряженное состояніе, которое можетъ разрѣшиться рано или поздно только пораженіемъ узурпирующей воли.

Современное государство является, въ предѣлахъ исторически возможнаго, исторически даннымъ рѣшеніемъ проблемы о наибольшемъ соотвѣтствіи формы государственной организаціи съ потребностями, запросами и убѣжденіями націи. Эти потребности и убѣжденія не представляютъ собою какой-либо постоянной величины, а наоборотъ измѣняются съ ходомъ прогрессивнаго развитія общечеловѣческой культуры и съ ростомъ народнаго самосознанія. Государство должно постоянно располагать достаточными средствами, чтобы слѣдить и слѣдовать за этими измѣненіями, такъ чтобы не нарушалась гармонія между формой и содержаніемъ, между дѣятельностью и ея конечными задачами.

Для этой цѣли государству служитъ въ настоящее время прежде всего институтъ народнаго представительства. Парламентская свобода слова является однимъ изъ средствъ для безпрепятственнаго проявленія мнѣнія страны. Но самъ по себѣ парламентъ далеко не совершенный органъ общественнаго мнѣнія. Составъ народнаго представительства въ значительной мѣрѣ носитъ характеръ случайности; депутаты говорятъ и голосуютъ прежде всего согласно съ своимъ личнымъ убѣжденіемъ, такъ что голосъ народа въ концѣ концовъ можетъ получить иногда лишь весьма слабый и неясный отзвукъ въ рѣшеніяхъ парламента.

Современное государство, если оно не хочетъ итти на встрѣчу отчужденію отъ народной мысли и чувства, т. е. на встрѣчу собственной гибели, *нуждается*, кромѣ парламентской свободы слова, *въ общей свободѣ выраженія мыслей и убѣжденій*.

Такая свобода можетъ быть провозглашена въ основныхъ законахъ государства или получить,—какъ напримѣръ въ Германской Имперіи,—признаніе въ системѣ общаго законодательства,—но такъ или иначе свобода выраженія мыслей и убѣжденій путемъ печати должна войти какъ органическій „образующій“ (konstitutiv) элементъ въ самый строй современнаго государства.

Какіе-же выводы можно сдѣлать на основаніи всего предыдущаго?

Итогъ подвести не трудно, разъ установлена извѣстная принципіальная точка зрѣнія.

Понятіе „свобода печати“ означаетъ, очевидно, не столько отношеніе между отдѣльнымъ лицомъ и государствомъ, а прежде всего и попреимуществу отношеніе между государствомъ и общественнымъ мнѣніемъ или, точнѣе,—отношеніе государства къ общественному мнѣнію.

Свобода печати не исчерпывается предполагаемымъ „субъективнымъ правомъ безпрепятственнаго выраженія мыслей въ печати“. Она представляетъ собою исторически сложившееся, но въ то-же время юридически обоснованное въ законахъ государства (das konstitutionel festgelegte) право народа пользоваться для выраженія политической мысли и чувства особымъ органомъ и при томъ такимъ именно органомъ, который не имѣетъ, какъ, напримѣръ, парламентъ, формальнаго характера органа самой государственной власти и воли.

Этотъ органъ, удовлетворяющій послѣднему условію, и есть свободная и независимая печать.

Такимъ образомъ, свобода печати заключаетъ въ себѣ не только свободу, въ смыслѣ отрицанія мѣръ „предупрежденія и пресѣченія“, но и свободу съ положительнымъ содержаніемъ, въ смыслѣ признанія печати въ качествѣ необходимаго для современнаго государства органа общественнаго мнѣнія [1]).

---

[1]) Сошлемся еще разъ на Еллинека. См. указ. соч. стр. 65: общественное мнѣніе... проявляется въ разныхъ формахъ... и прежде всего въ прессѣ, въ частности въ современной печати... Вліяніе его на государство про-

Остается сдѣлать еще одинъ выводъ:

Какой бы частный вопросъ въ „дѣлахъ о печати“ мы ни затронули, принципіальный критерій слѣдуетъ искать именно въ отношеніи государства къ общественному мнѣнію.

IV.

Если государство, съ одной стороны, должно признавать общественное мнѣніе какъ интегрирующую, неотъемлемую часть своего культурнаго и политическаго „я“, если въ интересахъ самого государства заботиться о томъ, чтобы это общественное мнѣніе (самый надежный союзникъ, если только жить съ нимъ въ ладу!) проявлялось возможно широко и безпрепятственно, то, съ другой стороны, на государствѣ лежитъ не менѣе важная обязанность охранять законный правовой порядокъ отъ незаконныхъ нарушеній черезъ злоупотребленіе свободой печати.

Такія злоупотребленія возможны при любомъ, даже самомъ демократическомъ государственномъ строѣ.

Кто-же долженъ отвѣчать за правонарушенія, совершаемыя путемъ печатнаго слова?

Народъ?

Свобода печати, съ установленной точки зрѣнія, есть прежде всего право самого народа, право общества, а не отдѣльныхъ лицъ. Но какъ сдѣлать „народъ“ уловимымъ объектомъ для привлеченія къ суду и примѣненія уголовной кары?

Печать, какъ таковая?

Но кого-же именно наказывать? Какъ примѣнить къ „печати“ общія правила уголовнаго права о виновности и объ условіяхъ вмѣненія?

являлось во всѣ времена и особенно возрастаетъ съ прогрессирующей демократизаціей общества. Оно имѣетъ значеніе не только для политики, но и *для государственнаго права*, такъ какъ *во многихъ случаяхъ оно служитъ единственной санкціей публично-правовыхъ нормъ*... Сравн. также стр. 217—219 о необходимости психологическихъ гарантій для всякаго права и стр. 527 и слѣд. о соціальныхъ гарантіяхъ публичнаго права.

Наказывать можно только физическое лицо—человѣка, какъ субъекта, способнаго воспринять заключающееся въ наказаніи страданіе, какія-бы цѣли при этомъ не имѣлъ въ виду законодатель. Ясно, что и наказанія за „преступленія печати“ (Pressdelikte) могутъ получить примѣненіе лишь при томъ условіи, если государство будетъ поставлено въ возможность имѣть дѣло—въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ—съ опредѣленнымъ физическимъ лицомъ, которое заявитъ о своей готовности принять на себя законную отвѣтственность.

Такія физическія лица въ современномъ правѣ носятъ наименованіе „*отвѣтственныхъ редакторовъ*“. Они являются, въ извѣстной мѣрѣ,—въ качествѣ признанныхъ представителей и уполномоченныхъ общественнаго мнѣнія для той сферы отношеній между общественнымъ мнѣніемъ и государствомъ, которая исчерпывается отрицательной по существу функціей „отвѣтственнаго редактора“—обязанностью нести отвѣтственность.

Слѣдуетъ имѣть въ виду, что „редакторъ“ вообще и „отвѣтственный редакторъ“ вовсе не одно и то-же. Фактически нерѣдко то и другое соединяются въ одномъ лицѣ. Это именно и даетъ поводъ къ недоразумѣніямъ и къ невѣрному толкованію права и фактовъ. Совпаденіе роли „редактора“ съ обязанностями „отвѣтственнаго редактора“ вовсе не требуется ни закономъ, ни самымъ существомъ дѣла.

Редакторъ вообще, какъ вдохновитель и руководитель періодическаго изданія, необходимъ въ интересахъ упорядоченнаго проявленія общественнаго мнѣнія въ печати. „Отвѣтственный редакторъ“—это институтъ, существующій въ интересахъ государства, но не для какихъ либо полицейскихъ цѣлей, не для „исправленія должности“ упраздненнаго цензора [1]), а для того только, чтобы государство имѣло возмож-

---

[1]) Это довольно распространенная точка зрѣнія, что отвѣтственный редакторъ какъ бы замѣнилъ собою чиновника—цензора. Ср. м. пр. v. Liszt. въ статьѣ „Redaktor“ въ словарѣ Гольцендорфа; Rich. Loening, Die strafrechtliche Haftung des verantwortlichen Redacteurs. 1889. Веттштейнъ полемизируетъ противъ этого воззрѣнія, выставляя на видъ, что цензоръ всегда есть ex officio и ad hoc поставленный утѣснитель общественнаго мнѣнія, тогда какъ „отвѣтственный редакторъ“ существуетъ въ интересахъ свободы печати.

ность провести въ жизнь начало свободы печати подъ условіемъ гармоніи между проявленіемъ общественнаго мнѣнія и правовымъ порядкомъ.

Пока выраженіе мыслей и мнѣній въ печати не вступаетъ въ столкновеніе съ закономъ, государство считается только съ безличнымъ общественнымъ мнѣніемъ [1]).

Положительная, творческая дѣятельность „редакціи“, какъ движущей пружины періодическихъ изданій, безспорно служитъ интересамъ государства въ установленномъ выше смыслѣ. Но государство не имѣетъ ни права, ни основанія касаться этой дѣятельности. Вмѣшательство государства получаетъ оправданіе и становится необходимымъ, какъ только печатное слово влечетъ за собой правонарушеніе. Государство привлекаетъ къ отвѣтственности не газету, не „редакцію“, не автора инкриминируемой статьи, не издателя и не типографа,—а „отвѣтственнаго редактора“.

Чтобы обоснованная путемъ предыдущихъ соображеній точка зрѣнія на „юридическую природу института отвѣтственнаго редактора въ современномъ правѣ“ находилась въ полномъ соотвѣтствіи съ принятымъ раньше принципіальнымъ взглядомъ на значеніе общественнаго мнѣнія и свободы печати, необходимо установить еще нѣсколько различій или разграниченій.

Прежде всего слѣдуетъ имѣть въ виду, что путемъ печати могутъ быть совершены далеко не всѣ преступленія, предусмотрѣнныя вообще въ уголовныхъ кодексахъ. Убійство, нанесеніе ранъ и увѣчій, разбой, грабежъ, кража, насиліе и т. д.—однимъ словомъ, всѣ тѣ деликты, которые предполагаютъ непосредственную физическую дѣятельность, направленную на воспроизведеніе состава преступленія,—отпадаютъ сами собою. Разногласіе возможно лишь относительно тѣхъ случаевъ, когда печатное слово ведетъ къ такимъ же послѣдствіямъ, какъ и

---

[1]) Веттштейнъ посвящаетъ особый отдѣлъ вопросу объ „анонимности“ статей въ періодическихъ изданіяхъ. См. S. 19 ff. „Die Anonymität der Presse“. Авторъ развиваетъ мысль, что теоретически такая анонимность является необходимымъ постулатомъ изъ основного воззрѣнія на печать, какъ на органъ общественнаго мнѣнія.

непосредственное физическое воздѣйствіе преступника на потерпѣвшаго—напримѣръ: обманъ, вымогательство, угрозы, шантажъ и т. п. Вопросъ о характерѣ такого рода деликтовъ остается въ литературѣ уголовнаго права спорнымъ: одни видятъ въ печати не болѣе, какъ орудіе или средство (v. Liszt), другіе же усматриваютъ специфическій признакъ преступленія именно въ томъ, что мысль съ извѣстной отрицательной, криминальной окраской получила выраженіе именно въ печати. (Oetker, Schmid). Вопросъ этотъ представляется второстепеннымъ и для теоріи уголовнаго права. Здѣсь онъ можетъ быть оставленъ въ сторонѣ.

Итакъ, область возможныхъ вообще „деликтовъ печати“ надлежитъ, прежде всего, ограничить исключеніемъ изъ нея цѣлаго ряда преступныхъ дѣяній.

Затѣмъ, необходимо установить слѣдующее важное различіе. Всѣ вообще преступленія, которыя могутъ быть совершены путемъ печати, слѣдуетъ раздѣлить на двѣ основныя группы:—на преступленія, гдѣ непосредственно нарушаются интересы общественные, и на преступленія, гдѣ правонарушеніе направлено по существу дѣла противъ частныхъ интересовъ. Первую группу можно назвать „политическими“ деликтами печати; эта группа будетъ обнимать всѣ злоупотребленія печатнымъ словомъ, имѣющія недозволенное закономъ предметное отношеніе къ государственнымъ учрежденіямъ и ихъ дѣятельности, къ событіямъ и явленіямъ политической и общественной жизни. Соотвѣтствующій перечень составить не трудно: возбужденіе къ государственной измѣнѣ, къ мятежу и неповиновенію власти, къ нарушенію общественнаго мира или порядка, оглашеніе государственной тайны, оскорбленіе должностныхъ лицъ и т. д. Къ той же группѣ должны быть, вѣроятно, отнесены и оскорбленія частныхъ лицъ, если этимъ путемъ затрагивается и нарушается интересъ общественный.

Только относительно деликтовъ этой первой группы, гдѣ государство является одновременно и потерпѣвшимъ и судьей, есть основаніе какъ въ наукѣ, такъ и на практикѣ требовать установленія особыхъ условій уголовной отвѣтственности —

согласно съ публично-правовымъ понятіемъ самаго „права свободы печати“. Только здѣсь могутъ быть оправданы отступленія отъ послѣдовательнаго примѣненія общихъ правилъ и нормъ уголовнаго права, разсчитанныхъ прежде всего на законную реакцію противъ злоупотребленія личными, индивидуальными правами и фактической дѣеспособностью отдѣльныхъ лицъ.

Что же касается деликтовъ второй группы, т. е. такихъ правонарушеній, которыя совершены путемъ печатнаго слова и направлены противъ интересовъ частныхъ лицъ, то относительно „преступленій печати“ этой послѣдней категоріи,—разъ только не нарушенъ вмѣстѣ съ тѣмъ какой-либо особый общественный интересъ [1]),—нѣтъ основанія говорить о необходимости какихъ-либо изъятій и исключеній изъ общаго порядка уголовной отвѣтственности. Въ подобныхъ случаяхъ вполнѣ умѣстно примѣненіе общихъ правилъ уголовнаго кодекса о виновности и вмѣненіи съ различіемъ наказаній для самаго преступника и для другихъ причастныхъ деликту—напримѣръ—подстрекателей, укрывателей, попустителей и т. п.

Указанное различіе „преступленій печати“ на двѣ неоднородныя категоріи само по себѣ не представляетъ какихъ-либо существенныхъ затрудненій. Если оно до настоящаго времени не проводится положительнымъ закономъ, то это объясняется главнымъ образомъ односторонностью господствующаго представленія о свободѣ печати вообще.

Итакъ, юридическая природа института отвѣтственнаго редактора періодическихъ изданій перестаетъ быть загадкой и непримиримымъ логическимъ противорѣчіемъ только въ томъ случаѣ, если въ основу для конструкціи этого института въ современномъ правѣ будетъ положена именно общественная или, точнѣе, государственно-правовая точка зрѣнія, и въ качествѣ принципіальнаго критерія будетъ принято правильное пониманіе отношенія между государственнымъ и общественнымъ мнѣніемъ.

---

[1]) Этотъ вопросъ представляетъ собою quaestio facti и долженъ быть рѣшенъ судомъ.

Въ литературѣ вопроса можно указать такое воззрѣніе, которое близко подходитъ къ истинѣ, но все же останавливается, такъ сказать, на полъ-пути. Лёнингъ [1]) называетъ отвѣтственнаго редактора „органомъ самоуправленія“ на томъ основаніи, что будто на него перешло исполненіе тѣхъ полицейскихъ функцій, которыя раньше исполнялъ правительственный чиновникъ—цензоръ. Такое утвержденіе основано на чисто-криминалистическомъ представленіи о задачахъ редактора вообще и на смѣшеніи понятій—„редакція“ и „отвѣтственный редакторъ“. Какъ было указано раньше, отвѣтственный редакторъ по отношенію къ государству непосредственно несетъ отрицательную функцію—обязанность подвергнуться, если есть для того законное основаніе,—законной уголовной отвѣтственности. Но онъ вовсе не обязанъ быть для государства добровольнымъ цензоромъ.

Положительное значеніе института отвѣтственнаго редактора заключается въ томъ, что, благодаря введенію этого института въ современное право, государство имѣетъ возможность установить необходимую гармонію между своимъ отношеніемъ къ общественному мнѣнію и своей задачей поддерживать законный порядокъ и охранять его отъ незаконныхъ нарушеній. Съ этой точки зрѣнія, которая должна обнять институтъ отвѣтственнаго редактора въ его цѣломъ, можно говорить о томъ, что „отвѣтственный редакторъ“ есть дѣйствительно „органъ самоуправленія“.

Именно потому государство и должно предоставить редактору право или заявить, что онъ признаетъ мнѣнія, высказанныя въ его органѣ, за свои и принимаетъ на себя отвѣтственность, или же, напротивъ, отклонить такую солидарность и указать дѣйствительныхъ, фактическихъ виновниковъ. Въ первомъ случаѣ отвѣтственность редактора устанавливается на законномъ основаніи сама собою; но въ то же время изъ самаго представленія о соотношеніи между правомъ и обязанностью съ необходимостью слѣдуетъ, что разъ государство привлекаетъ къ уголовной отвѣтственности редактора, то уже

---

[1]) Указ. соч. S. 96—97.

никакія иныя принудительныя мѣры къ раскрытію имени автора не могутъ имѣть оправданія и не должны быть допускаемы. Во второмъ случаѣ,—называя автора, редакторъ устраняетъ себя отъ отвѣтственности, конечно, если на него не падаетъ вина умышленнаго соучастія.

Согласно съ публично-правовой природой института отвѣтственнаго редактора такая исключительная постановка отвѣтственности за „преступленія печати“ должна получить примѣненіе только по отношенію къ тѣмъ деликтамъ, которые заключаютъ въ себѣ нарушеніе общественныхъ интересовъ. Правонарушенія, направленныя противъ частныхъ лицъ, подлежатъ дѣйствію общихъ нормъ и правилъ уголовнаго права, причемъ въ пользу редактора слѣдуетъ принимать презумпцію bonae fidei.

V.

Въ предисловіи къ своему изслѣдованію Оскаръ Веттштейнъ предупреждаетъ читателя, что многое въ его работѣ не выходитъ изъ рамокъ общихъ набросковъ. Пробѣлы и неполноту въ изложеніи авторъ оправдываетъ съ одной стороны—недостаткомъ свободнаго времени, а съ другой,—что ему чуждо было желаніе „составить изъ многихъ существующихъ книгъ о печати еще одну новую“.

Насъ, въ свою очередь, интересуетъ прежде всего самая постановка вопроса и та государственно-правовая точка зрѣнія, которую Веттштейнъ предлагаетъ для его принципіальнаго рѣшенія. Имѣя въ виду эту „общую перспективу“, мы ограничились въ нашемъ изложеніи передачей только самого существеннаго [1]). Но въ то же время мы позволили себѣ, гдѣ это представлялось нужнымъ, подчеркнуть и сдѣлать болѣе наглядными тѣ пункты, которыми опредѣляется общая перспектива. Съ этой цѣлью одни положенія автора получили

---

[1]) Мы опускаемъ по возможности всю полемическую часть аргументаціи автора, не касаемся критики положительнаго права (французское и нѣмецкое законодательство,—„бельгійская система“) и опускаемъ всѣ частные вопросы (анонимность прессы; отвѣтственность редактора при неосторожной винѣ и т. п.)

болѣе подробное развитіе, другія были поставлены въ болѣе тѣсную связь съ тою государственно-правовой почвой, на которой должно зиждиться все зданіе „теоріи Веттштейна“...

Въ общемъ итогѣ, когда приходится обратиться къ вопросу объ оцѣнкѣ этой теоріи, получается, если можно такъ выразиться, большая экономія.

Намъ нѣтъ уже необходимости возвращаться къ вопросу, отвѣчаетъ ли точка зрѣнія Веттштейна на значеніе общественнаго мнѣнія вообще и періодической печати въ частности взглядамъ авторитетныхъ представителей современной государственной науки. Излишнимъ представляется также устанавливать связь между отдѣльными звеньями въ ряду посылокъ и выводовъ именно подъ ауспиціями государственной науки.

Незатронутымъ остается, по существу дѣла, только одинъ важный вопросъ.

Веттштейнъ отрицательно относится къ „господствующему“ въ наукѣ (авторъ ссылается только на криминалистовъ) взгляду на „право свободы печати“. Онъ называетъ этотъ взглядъ одностороннимъ, а потому и неисчерпывающимъ существо соотвѣтствующаго жизненнаго явленія и связанныхъ съ нимъ юридическихъ отношеній. Веттштейнъ выдвигаетъ на первый планъ представленіе о „правѣ самого народа“ и указываетъ на „конститутивное“ значеніе общественнаго мнѣнія для современнаго государства.

Но какъ же смотритъ на вопросъ о юридической природѣ свободы печати, въ смыслѣ субъективнаго публичнаго права, современная государственная наука?

Этой стороны проблемы Веттштейнъ совершенно не касается. Между тѣмъ возможность установить солидарность со взглядами современныхъ авторитетныхъ представителей науки государственнаго права именно въ этомъ пунктѣ явилась бы для теоріи Веттштейна однимъ изъ наиболѣе надежныхъ основаній,—и напротивъ,—отсутствіе такого совпаденія могло бы получить значеніе одного изъ наиболѣе серьезныхъ возраженій.

Если бы авторъ пожелалъ обратиться хотя бы только къ нѣмецкой литературѣ по вопросу о субъективныхъ публич-

ныхъ правахъ, то въ его распоряженіи оказалась бы не одна готовая формула для отрицанія за свободой печати значенія субъективнаго права отдѣльныхъ гражданъ современнаго государства.

Точка зрѣнія школы естественнаго права съ традиціоннымъ спискомъ „правъ человѣка и гражданина“ давно уже оставлена въ нѣмецкой наукѣ, а соотвѣтствующія постановленія конституціонныхъ хартій разсматриваются какъ историческое переживаніе. Свобода личности въ современномъ государствѣ, по ученію формально-юридической школы [1]), понимается какъ рефлексъ объективнаго права; въ свободѣ видимъ только отрицаніе незаконнаго воздѣйствія государства на личность, но не находимъ никакого самостоятельнаго содержанія, которое могло-бы имѣть юридическое рѣшеніе и т. п. [2]) Такъ-называемыя „основныя права“ слѣдуетъ сдать въ архивъ. Они были необходимы, какъ гарантія личности, въ то время, когда конституціонному государству еще предстояла задача освободиться отъ механизма и привычной практики абсолютистической бюрократіи во всѣхъ областяхъ управленія. Въ настоящее время личность ограждена въ своихъ правахъ и интересахъ гораздо болѣе дѣйствительными средствами—законностью въ порядкѣ управленія и соотвѣтствующей организаціей судовъ. Современное поколѣніе не нуждается въ тѣхъ костыляхъ („eine Krücke“), на которые опирались наши предки . . . Преобладающій въ настоящее время взглядъ на „основныя права“ сводится къ тому, что они представляютъ собою не субъективныя права гражданъ государства, а объективныя нормы для органовъ управленія . . . [3]).

---

[1]) Къ характеристикѣ этой школы сравн. мою статью: „Запросы жизни и формализмъ въ наукѣ государственнаго права“. Въ журналѣ „Научное Слово“. 1903 г.

[2]) См. напр. Jellinek. System der subjectiven öffentlichen Rechte. 1892. S. 89 u. ff. „Der negative status (status libertatis)“. У Еллинека указана и литература вопроса (Geber, Laband, Seydel, и др.). Сравни также характеристику воззрѣній нѣмецкихъ ученыхъ въ статьѣ Ѳ. Кокошкина „Гражданская свобода, какъ понятіе государственнаго права“ въ „Сборникѣ правовѣдѣнія“. Томъ VIII.

[3]) Bornhak. въ Archiv für öffentliches Recht. 1901. Band 16, Heft. III. S.

Вотъ какими чертами можно характеризовать преобладающее въ современной наукѣ воззрѣніе на „право свободы“ (Freiheitsrechte) вообще.

Веттштейнъ въ своей книгѣ удѣляетъ вниманіе только опредѣленіямъ криминалистовъ и считаетъ именно противоположную, индивидуалистическую точку зрѣнія господствующей (S. Z: Die herrschende Doktrin stellt den Einzelnen als Träger des subjektiven Pressrechts der Rechtsordnung gegenüber und suchf auf dieser Grundlage die strafrechtliche Haftnng zu konstruiren).

Это быть можетъ удобный полемическій пріемъ, но онъ ведетъ къ ослабленію собственныхъ государственно-правовыхъ точекъ опоры автора. Намъ въ данномъ случаѣ достаточно указать на то, что въ одномъ изъ важныхъ пунктовъ теорія Веттштейна находится въ противорѣчіи съ преобладающимъ въ нѣмецкой литературѣ государственнаго права взглядомъ на „право свободы“.

Можно ли видѣть недостатокъ въ томъ, что Веттштейнъ строитъ свое воззрѣніе независимо отъ ученія формально-юридической школы?

Съ точки зрѣнія научно-литературной въ этомъ, если угодно, можно видѣть одинъ изъ тѣхъ пробѣловъ, о которыхъ предупреждаетъ авторъ своихъ читателей. Но въ то же время Веттштейнъ даетъ, вмѣсто ссылокъ на авторитеты, то, что много убѣдительнѣе всякихъ абстрактныхъ конструкцій; онъ исходитъ отъ наблюденія надъ фактами и явленіями дѣйствительной политической и юридической жизни и ставитъ себѣ задачей объяснить именно эту живую дѣйствительность [1])....

Между тѣмъ нѣмецкая теорія государственнаго права,

---

403 ff: . . . „Die überwiegende Ansicht dürfte heute sein, dass die Grundrechte, soweit sie überhaupt noch in Kraft sind [?], nicht subjective Rechte der Staatsangehörigen bilden, sondern objective Rechtsschranken für die Verwaltung in der Form des Verfassungsrechts . . . .“

[1]) Вся вторая и значительно большая часть изслѣдованія Веттштейна посвящена характеристикѣ положенія печати въ Швейцаріи въ ея прошломъ и въ настоящее время. Авторъ приводитъ очень много интересныхъ данныхъ въ мастерскомъ освѣщеніи съ установленной въ первой части книги принципіальной точки зрѣнія. Къ сожалѣнію, мы не можемъ воспользоваться этимъ матеріаломъ для настоящей статьи, ибо это увело бы насъ далеко за предѣлы нашей темы.

предлагая общую конструкцію „правъ свободы“, какъ „юридическаго рефлекса“, или какъ особаго „status negativus“ въ публично - правовомъ положеніи гражданина современнаго государства, приводитъ, въ своемъ послѣдовательномъ развитіи, напримѣръ, къ слѣдующимъ характернымъ утвержденіямъ:

...Если кто-либо, въ силу свободы печати, выпуститъ въ свѣтъ какое либо печатное произведеніе, то при этомъ совершается нѣчто такое (ein Vorgang), что не затрогиваетъ ничьихъ правъ и прежде всего не касается правъ государства. То, что произошло въ данномъ случаѣ, юридически ничѣмъ не отличается отъ прогулки въ собственномъ саду, отъ принятія пищи за домашнимъ столомъ. Всѣ такого рода дѣйствія являются для государства юридически-безразличными (rechtlich irrelevant). Для государства вовсе не имѣетъ значенія, чтобы эти дѣйствія вообще были предприняты; интересъ государства исчерпывается только тѣмъ, чтобы не были нарушены установленныя закономъ границы [1]).

Неужели нѣтъ основанія задуматься надъ вопросомъ, отвѣчаютъ ли подобные выводы дѣйствительности, и даетъ ли теоретическая конструкція точное объясненіе фактовъ и явленій?

Веттштейнъ, съ своей стороны, утверждаетъ, что свобода печати далеко не безразлична для государства. Онъ говоритъ, что напротивъ—именно „государственный интересъ“ заставляетъ законодателя не только признавать самое начало свободы печати, но и создавать соотвѣтствующія юридическія условія для возможно болѣе широкаго проведенія этого начала въ жизнь въ гармоніи съ остальнымъ правопорядкомъ. Ничто иное, какъ тотъ же государственный интересъ побуждаетъ законодателя, между прочимъ, устанавливать изъятія изъ общихъ нормъ уголовнаго права и создавать въ современномъ правѣ такой институтъ, какъ „институтъ отвѣтственнаго редактора“.

Съ этой точки зрѣнія, разумѣется, едва ли можно гово-

---

[1]) См. Iellinek. System. S. 98, 99.

рить не только о юридическомъ тожествѣ, но даже и о простой аналогіи „права свободы печати“ съ прогулкой въ саду, съ куреніемъ папиросы и т. п.

Конечно, нельзя утверждать, что государство заинтересовано въ томъ, чтобы каждый гражданинъ во чтобы то ни стало писалъ и печаталъ какъ можно больше. Но современное государство безусловно заинтересовано въ томъ, чтобы существовала общая законная возможность безпрепятственнаго проявленія общественнаго мнѣнія въ печати. Для государства имѣетъ значеніе именно этотъ общій итогъ, а черезъ это становится далеко не безразличнымъ и то, сколько будетъ слагаемыхъ и насколько благопріятны условія для ихъ образованія и качественной и количественной группировки. Въ этомъ смыслѣ не будетъ ошибкой сказать, что современное государство дѣйствительно заинтересовано въ томъ, чтобы „право свободы печати“ не оставалось безъ практическаго осуществленія,—тогда какъ „прогулка въ собственномъ саду“, хотя и очень полезное для здоровья гражданъ времяпрепровожденіе, не имѣетъ „государственной важности“...

Мы уже имѣли случай указать, что современная государственная наука не отрицаетъ значенія общественнаго мнѣнія для государства и признаетъ печать однимъ изъ главныхъ путей для его проявленія.

Но если это такъ, то не утрачиваетъ ли позиція, занятая нѣмецкой теоріей государственнаго права въ ученіи о свободѣ печати, въ значительной мѣрѣ свою крѣпость и устойчивость? Если раціонализмъ и естественное право прошлаго столѣтія съ ученіемъ о „неотъемлемыхъ и основныхъ правахъ человѣка“ утратилъ свой кредитъ въ области государственной науки, если научная критика указала на историческое происхожденіе „правъ свободы“ путемъ протеста противъ прежнихъ стѣсненій и ограниченій, то можно ли отсюда сдѣлать заключеніе, что современная наука должна видѣть только „ein juristisches Nonsens“—т. е. юридическій нуль,—tabula rasa—тамъ, гдѣ еще недавно высилось гордое и свѣтлое зданіе, воздвигнутое пробудившейся мыслью и правосознаніемъ новаго времени?

Не долженъ ли за анализомъ, который составляетъ главную силу и заслугу формально-юридической школы, быть сдѣланъ слѣдующій шагъ впередъ уже по пути къ синтезу? Быть можетъ въ такомъ случаѣ и „свобода печати“ должна будетъ получить совершенно иное освѣщеніе и изъ категоріи „юридически безразличнаго для государства“ перейдетъ въ число такихъ институтовъ современнаго государственнаго права, которые имѣютъ значеніе первостепенной важности именно для государства, въ его цѣломъ?

Государственная наука вообще и наука государственнаго права въ частности не можетъ и не должна видѣть все свое призваніе въ роли анатома-аналитика или въ трудѣ могильщика по отношенію къ высокимъ идеямъ, составляющимъ лучшее достояніе нашей культуры. Между тѣмъ государствовѣдъ теоретикъ, если онъ будетъ игнорировать запросы современной ему жизни и интересы окружающей его дѣйствительности, рискуетъ, по справедливому замѣчанію Еллинека [1]), прійти къ совершенно безсодержательнымъ выводамъ и къ познанію лишь „мертвыхъ остововъ“ и „бездушныхъ скелетовъ“ въ государствѣ. Хорошо, если вѣяніе такого мертваго духа будетъ своевременно замѣчено, и наука не станетъ искусственно устранять себя отъ задачи раскрывать положительное содержаніе идей и учрежденій и указывать на тѣ новыя формы, въ которыхъ они получаютъ свое выраженіе и юридическое признаніе...

Иногда какой-либо, повидимому, частный фактъ или отдѣльное жизненное явленіе заставляетъ критически отнестись къ „господствующему взгляду“ и притомъ не изъ мелочной придирчивости или желанія поспорить, а потому, конечно, что данное явленіе или данный фактъ можетъ явиться какъ бы симптоматическимъ показателемъ несоотвѣтствія теоріи съ дѣйствительностью.

Не принадлежитъ ли институтъ отвѣтственнаго редактора въ современномъ правѣ къ числу такихъ явленій? Рѣшеніе вопроса о юридической природѣ этого института дѣлаетъ не-

---

[1]) Еллинекъ. Право современнаго государства; русск. пер., стр. 10, 11.

обходимымъ, какъ свидѣтельствуетъ о томъ изслѣдованіе Веттштейна, пересмотрѣть все ученіе о свободѣ печати. Самая постановка этого вопроса, и притомъ на почвѣ государственной науки и въ постоянной связи съ политической дѣйствительностью, составляетъ, по нашему убѣжденію, несомнѣнную заслугу автора.

Въ предисловіи къ своей книгѣ Веттштейнъ, между прочимъ, считаетъ нужнымъ оговориться, что быть можетъ въ его отношеніи къ нѣкоторымъ вопросамъ общей темы (напримѣръ въ критикѣ проекта новаго уголовнаго кодекса для всей Швейцаріи) журналистъ сказывается въ большей степени, чѣмъ юристъ теоретикъ.

Во всякомъ случаѣ это замѣчаніе нельзя понимать въ томъ смыслѣ, что Веттштейнъ пристрастно относится къ самой печати, преувеличиваетъ ея значеніе и въ области журналистики готовъ видѣть все въ розовомъ свѣтѣ. Въ своей вступительной лекціи въ Цюрихскомъ университетѣ, говоря на благодарную тему „періодическая печать и наша культура“, Веттштейнъ указывалъ главнымъ образомъ на слабыя стороны и недостатки современной журналистики. Вотъ почему съ особой искренностью звучитъ его заключительное слово благодарности къ родному университету за то, что факультетъ государственныхъ наукъ воспринялъ и журналистику въ число дисциплинъ научнаго изученія и преподаванія [1]). Такое отношеніе университета къ печати обезпечитъ для печати то, что прежде всего необходимо для выполненія ея культурнаго призванія, а именно очищеніе и просвѣщеніе путемъ научнаго знанія (die wissenschaftliche Läuterung). „Внѣшнюю свободу, говоритъ въ заключеніе Веттштейнъ, печать себѣ завоевала послѣ тяжелой борьбы почти повсемѣстно,— наука поведетъ ее по пути къ внутренней свободѣ“.

С. Живаго.

---

[1]) Въ настоящемъ году предположены курсы по исторіи періодической печати и по техникѣ журналистики съ практическими занятіями.

ТЕОРІЯ ПРАВОВАГО ГОСУДАРСТВА.

Глава первая.

Начало обособленія властей.

I.

Отличительнымъ моментомъ, характеризующимъ юридическую природу абсолютныхъ монархій стараго порядка, является внѣ и надъ—законный характеръ правительственной власти.

Въ абсолютной монархіи стараго режима правительственная власть не связана, не ограничена закономъ; законъ не налагаетъ на нее никакихъ обязанностей *по отношенію къ подданнымъ* и, слѣдовательно, не предоставляетъ подданнымъ никакихъ правъ по отношенію къ ней.

Въ абсолютныхъ монархіяхъ нѣтъ и не можетъ быть обособленія властей. Всю совокупность государственной дѣятельности, какъ вполнѣ однородной, старый режимъ подводитъ подъ одну категорію, называетъ однимъ именемъ: въ государствахъ стараго режима *правительство* издаетъ законы, правитъ страною и,—по крайней мѣрѣ, отчасти—творитъ судъ. Нѣмецкіе публицисты стараго режима классифицируютъ совокупность актовъ государственной власти по ихъ объектамъ: такъ, они различаютъ международное, военное, финансовое, судебное и др. верховенства. Въ понятіе каждаго верховенства безразлично входитъ какъ изданіе общихъ и абстрактныхъ нормъ, такъ и совершеніе индивидуальныхъ и конкретныхъ правительственныхъ дѣйствій. Такая классификація, очевидно, возможна только благодаря тому, что публицистикой стараго

режима совершенно игнорируется коренное различіе между законодательной и правительственной властью [1]).

Конечно, законъ, какъ общая и абстрактная норма, извѣстенъ и старому режиму. Ни одна общественная организація не можетъ существовать, ни одно даже частное хозяйство не можетъ вестись путемъ однихъ только индивидуальныхъ и конкретныхъ велѣній. Индивидуальное велѣніе, справедливо говоритъ Іерингъ, рисуетъ власть въ состояніи непрерывной дѣятельности, законъ абстрактный, норма представляетъ власть въ состояніи покоя; одна норма замѣняетъ для власти тысячи индивидуальныхъ велѣній,—и потому собственный интересъ власти—экономія силы, облегченіе труда и т. д.—побуждаетъ ее къ замѣнѣ несовершенной формы индивидуальныхъ велѣній болѣе совершенною формой абстрактныхъ нормъ [1]).

Дѣло, однако, въ томъ, что въ абсолютныхъ монархіяхъ стараго режима, законъ, обращаясь къ правительственной власти, теряетъ значеніе авторитетнаго велѣнія *высшей*, безусловно обязательной власти. Онъ является техническимъ пріемомъ управленія,—болѣе цѣлесообразнымъ, но не болѣе обязательнымъ, чѣмъ индивидуальный правительственный актъ. Государственная доктрина стараго режима признаетъ одно

---

[1]) Классификація правъ верховенства у нѣмецкихъ публицистовъ стараго режима весьма разнообразна. Gönner, (Teutsches Staatsrecht. 1804. § 275, стр. 422 и сл.), напр., различаетъ 11 властей: Repräsentative, Oberaufsehende, Anordnende, richterliche, Strafende, Vollzichende, Militär, Staatswirthschaftliche, Staatsdienst-und Wurdegebende, Polizei-u. Finanz-Gewalten. Подъ распорядительной властью (Anordnende Gewalt) онъ понимаетъ власть, отъ которой исходитъ: 1) изданіе общихъ нормъ, *законовъ*; 2) предоставленіе особыхъ льготъ, *привилегій*; 3) *приказы* и предписанія для отдѣльныхъ дѣйствій; другими словами, понятіе распорядительной власти охватываетъ у него и законодательную и правительственную власть. I. Chr. Leist (Lehrbuch des teutschen Staatsrechts, стр. 324 и сл.) различаетъ общія права величества и особыя по опредѣленнымъ объектамъ. Къ общимъ правамъ онъ относитъ наблюдающую, законодательную и исполнительную власть; къ особымъ—должностную, судебную, уголовную, полицейскую, финансовую и военную власть. Полицейская власть или полицейское верховенство состоитъ изъ трехъ существенныхъ функцій: полицейскаго надзора, полицейскаго законодательства и полицейскаго исполненія (ib. § 172 стр. 541). Ср. также Schmalz (Das teutsche Staatsrecht 1825 г., § 353, стр. 227).

[1]) Іерингъ. Цѣль въ правѣ (русск. перев.) стр. 249.

только различіе между закономъ и правительственнымъ распоряженіемъ: законъ—общая и абстрактная, правительственное распоряженіе—индивидуальная и конкретная норма. Различіе между закономъ и правительственнымъ распоряженіемъ въ порядкѣ ихъ изданія, а тѣмъ болѣе, *въ степени ихъ юридической силы* остается совершенно неизвѣстнымъ публицистикѣ стараго режима [2]).

Правительство стараго режима—это монархъ. Въ рукахъ монарха сосредоточивается вся полнота, имъ осуществляются всѣ функціи государственной власти. Въ сферѣ *верховнаго управленія*,—т. е. въ сферѣ непосредственной дѣятельности монарха, его абсолютная власть является юридически-свободной, неограниченной дѣйствующимъ правомъ. Правительственная власть абсолютнаго монарха такъ же неограничена закономъ, какъ и его законодательная власть. Изданіе общихъ нормъ необходимо для нормальнаго функціонированія государственной власти; но въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ, когда эта общая норма, по той или другой причинѣ, стѣсняетъ правительство, послѣднее, т. е. монархъ, можетъ замѣнить ее индивидуальнымъ распоряженіемъ, изданнымъ ad hoc.

Конечно, вслѣдствіе ограниченности человѣческихъ силъ, функціи власти, кромѣ наиболѣе важныхъ, осуществляются монархомъ не лично, а чрезъ посредство должностныхъ лицъ, состоящихъ на его службѣ. Значительная часть правительственной дѣятельности относится къ области *подчиненнаго*, а не верховнаго управленія. Однако, и подчиненное управленіе, іерархически зависимое отъ монарха, не можетъ быть разсматриваемо въ абсолютныхъ монархіяхъ, какъ управленіе подзаконное, какъ управленіе, связанное и ограниченное закономъ. Наоборотъ, внѣзаконный характеръ подчиненнаго управленія въ абсолютной монархіи является безусловно-необходимымъ слѣдствіемъ принципіальной—юридической и фактической—невозможности *послѣдовательнаго* и *стойкаго* отдѣ-

---

[2]) Ср. Leist l. c. § 105 стр. 325; Schmalz l. c. § 363, стр. 234: „Gesetze sind also allgemeine Vorschriften über das, was in allen Fällen einer Art geschehen Soll".

ленія подзаконнаго подчиненнаго управленія отъ управленія верховнаго, неограниченнаго закономъ. Въ предѣлахъ своей компетенціи каждое должностное лицо подчиненнаго управленія является выразителемъ—непосредственнымъ, или посредственнымъ—свободной и надъ-законной воли монарха. Поскольку должностное лицо осуществляетъ волю монарха, оно въ такой же мѣрѣ свободно отъ какихъ бы то ни было правовыхъ ограниченій, какъ самъ монархъ. Какъ солнце въ капляхъ воды, абсолютная власть короля отражается во власти безчисленнаго множество лицъ, творящихъ королевскую волю: каждое лицо является монархомъ въ миніатюрѣ. По словамъ одного изъ нѣмецкихъ писателей начала XIX вѣка, каждое должностное лицо должно быть разсматриваемо въ своемъ округѣ, какъ маленькій регентъ [1]). Надзаконный характеръ подчиненнаго управленія ни въ чемъ не выражается такъ ярко, какъ въ *дискреціонности полномочій* административныхъ органовъ, характеризующей правительственный строй всѣхъ, вообще, государствъ стараго режима.

Конечно, и въ абсолютной монархіи административный законъ обязываетъ подчиненныя власти; но онъ обязываетъ ихъ по отношенію къ предоставленнымъ властямъ и, въ послѣдней инстанціи, къ монарху; *по отношенію къ подвластнымъ*, къ подданнымъ, подчиненное управленіе является такимъ же неограниченнымъ и свободнымъ, какъ самъ монархъ. По общему правилу, административный законъ стараго режима имѣетъ *инструкціонный* характеръ. Подобно всякой, вообще, инструкціи, административный законъ регламентируетъ обязанности подчиненныхъ властей въ отношеніи къ монарху; онъ устанавливаетъ *внутренній распо-*

---

[1]) Цитируется у O. M a y e r'a Deutsches Verwaltungsrecht, т. I, стр. 40, прим. 6. Въ этомъ же смыслѣ еще Монтескье писалъ: «Dans le gouvernement despotique, le pouvoir passe tout entier dans les mains de celui a qui on le confie. Le visir est le despote lui-même et chaque officier particulier est le visir» (Esprit des lois l. V ch. XVI). Срв. T o c q u e v i l l e. L'ancien régime et la revolution, passim.

Въ своемъ письмѣ къ Императору Николаю I сен. Сумароковъ говоритъ о министрахъ: «они—цари въ своихъ удѣлахъ» (цит. у Б о ч к о в с к а г о. Организація государственнаго контроля въ Россіи, 1895 г., стр. 61).

рядокъ управленія и только посредственно, опредѣляя дѣятельность властей,—ихъ служебную компетенцію, объемъ предоставленной имъ власти и т. д.—опредѣляетъ и обязанности подданныхъ. Въ большинствѣ случаевъ въ старыхъ монархіяхъ административный законъ не публикуется даже во всеобщее свѣдѣніе: все управленіе старой Франціи покоилось на необнародуемыхъ инструкціяхъ, даваемыхъ королемъ своимъ интендантамъ.

Поскольку законъ, дѣйствительно, имѣетъ такой инструкціонный характеръ, органъ подчиненнаго управленія, превышая власть или бездѣйствуя, нарушаетъ свои обязанности по отношенію къ верховной власти, но никакихъ обязанностей въ отношеніи къ подданному онъ не нарушаетъ, ибо подданный не имѣетъ никакихъ правъ по отношенію къ нему. Несмотря на существованіе административныхъ законовъ, администрація стараго режима остается не связанной, не ограниченной закономъ. По терминологіи Канта, абсолютная монархія Западной Европы является государствомъ произвола (Willkürstaat), а не правовымъ государствомъ (Rechtsstaat) [1]).

Надзаконный характеръ правительственной власти влечетъ за собою въ абсолютномъ государствѣ безправіе индивида.

Произволъ и безправіе—одно и тоже явленіе, разсматриваемое съ двухъ различныхъ, объективной и субъективной, точекъ зрѣнія. Самая идея субъективнаго публичнаго права,—права которому соотвѣтствуетъ обязанность государственной власти,—остается совершенно неизвѣстной и чуждой старому режиму. Поскольку, вообще, публицистика стараго режима говоритъ о субъективныхъ публичныхъ правахъ, она понимаетъ подъ ними *естественныя* субъективныя права, выводимыя изъ господствующихъ представленій объ объективномъ естественномъ правѣ.

Любопытный и поучительный фактъ: даже наиболѣе послѣдовательные въ своемъ позитивизмѣ публицисты стараго

---

[1]) O. Meyer, l. c. стр. 38 и сл.; въ особенности стр. 43 прим. 9 и стр. 45. Срв. также сжатую, но блестящую характеристику абсолютной монархіи у Otto Gierke, Das deutsche Genossenchaftsrecht I стр. 642 и сл.

режима, даже такіе антагонисты теоріи естественнаго права, какъ Іоаннъ Яковъ Мозеръ, говоря о субъективныхъ публичныхъ правахъ, по необходимости прибѣгаютъ къ естественно-правовой аргументаціи; и для нихъ субъективныя права являются безусловно необходимымъ выводомъ изъ естественнаго права. И если тѣмъ не менѣе они признаютъ за этими правами позитивный характеръ, то это объясняется исключительно тѣмъ, что естественное право, вообще, позитивируется, какъ извѣстно, философскою мыслью разсматриваемой эпохи [1]).

Субъективныя публичныя права, въ современномъ смыслѣ этого слова,—права по отношенію къ государству, основанныя на правѣ самого государства—остаются неизвѣстными публицистикѣ стараго режима.

По отношенію къ надзаконной правительственной власти у подданнаго нѣтъ и не можетъ быть правъ [2]). У надзаконной власти подданный можетъ просить милости, а не требовать права. Противъ незаконныхъ распоряженій власти у него имѣется одно только средство защиты,—жалоба по начальству, а не судебный искъ. Самая идея административной юстиціи, какъ особой формы *суда*, призваннаго защищать и охранять субъективныя публичныя права индивида, остается совершенно чуждой публичному праву стараго режима.

Такъ, въ германскихъ территоріяхъ уже со второй половины XVII в., правительственная дѣятельность самымъ безусловнымъ образомъ изъемлется изъ подъ контроля судебной

---

[1]) I. I. Moser. Von der Landshoheit in Ansehung der Unterthanen Personen und Vermögen, 1773, V Cap., § 7, стр. 38: „Alle Landeseingeborene haben von Natur das Recht, dass, wann sie sich wohl aufführen, der Landesherr sie in seinem Lande dulden muss"; Срв. VII cap., § 4, стр. 70; Срв. Freiherr v. Kreyttmayr Grundriss des allg. deutschen und Bayrischen Staatsrechtes, Th. I, 1770, § 32, стр. 35 и сл.; § 35, стр. 67 и сл. Schmalz l. c. § 366, стр. 235: „Dem Gesetze für Privat-Personen gegeben ist der Souverain selbst natürlich nicht unterworfen; nur göttliches Recht bindet ihn, also Naturrecht und Gebot des Christentums und dann die Staatsrechtliche Grundgesetze"... Изъ естественнаго права Schmalz выводитъ субъективное право подданныхъ на защиту (Recht auf Schutz).

[2]) Otto Gierke, l. c. стр. 643: „Der Unterthau ist Subject nur im Privatrecht; im öffentlichen Recht lediglich Object; er steht im Staate wie der Laie in der Kirche.

власти. Принципъ: In Polizeisachen gilt keine Appelation [1]) является безспорной и общепризнанной аксіомой публичнаго права: противъ распоряженій и рѣшеній правительственныхъ органовъ не допускается жалоба въ судъ; остается, конечно, возможной жалоба по начальству. И точно также во Франціи долгая борьба съ парламентами, стремившимися подчинить администрацію страны своему контролю, во второй половинѣ XVII в. заканчивается побѣдою королевской власти. Съ этого времени дѣла административной юстиціи рѣшаются въ первой инстанціи интендантами, всемогущими агентами короля въ мѣстности, и во второй, въ порядкѣ верховнаго управленія, королевскимъ совѣтомъ.

Предъ лицомъ всемогущей, внѣ и надъ—законной администраціи индивидъ безправенъ. Онъ является объектомъ власти, но не субъектомъ правъ, подданнымъ, но не гражданиномъ. Je n'ai pas lu, говоритъ Руссо, que le titre de *cives* ait jamais été donné aux sujets d'aucun prince.... Les seuls Français prennent tous ce nom de citoyens, parce qu ils n'en ont aucune veritable idée,.... Sans quoi ils tomberaient en l'usurpant dans le crime de lèse-majesté: ce nom chez eux exprime une vertu et non pas un droit [2]).

II.

Признавая *нераздѣльность* власти основнымъ принципомъ абсолютизма, необходимо, однако, замѣтить, что принципъ этотъ не былъ послѣдовательно и вполнѣ осуществленъ абсолютной монархіей стараго режима. И здѣсь, не смотря на возможность обращенія судебнаго дѣла къ непосредственному разсмотрѣнію верховной власти („justice retenue“ во Франціи, „Machtsprüche“ въ Германіи) судебная власть, отчасти благодаря исторической своеобразности судебной организаціи (продажа судебныхъ должностей во Франціи) [3]), отчасти благо-

---

[1]) Appelation—обращеніе къ суду.

[2]) J. J. Rousseau, Contrat social l. I гл. VI.

[3]) Продажу судебныхъ должностей Монтескье защищаетъ слѣдующими соображеніями: „Or, dans une monarchie où quand les charges ne se vendroient pas par un règlement public, l'indigence et l'avidité des courtisans les vendroient tout de

даря вполнѣ сознательной политикѣ власти, успѣла—по крайней мѣрѣ, отчасти—дифференцироваться, отдѣлиться отъ верховной власти и, такимъ образомъ, пріобрѣсти *подзаконный* характеръ. Самый фактъ существованія множества чрезвычайныхъ судилищъ, создаваемыхъ ad hoc для опредѣленной категоріи дѣлъ, а иногда и для опредѣленнаго дѣла, неопровержимо доказываетъ относительную независимость обыкновенныхъ судовъ.

Въ Германскихъ государствахъ къ концу XVIII в. непосредственное участіе верховной власти въ отправленіи гражданской и уголовной юстиціи становится все болѣе и болѣе рѣдкимъ. Такъ, напримѣръ, уже въ 1739 г. прусскій король Фридрихъ-Вильгельмъ I грозитъ повѣсить безъ пощады, рядомъ съ собакой, каждаго, кто посмѣетъ обратиться къ нему съ жалобой на рѣшенное судами дѣло. Рескриптомъ 22 октября 1752 г. Фридрихъ Великій объявляетъ, что онъ не намѣренъ непосредственно вмѣшиваться въ отправленіе правосудія, такъ какъ онъ желаетъ, чтобы все совершалось сообразно съ правомъ и законами страны, которымъ онъ самъ готовъ подчиниться въ своемъ собственномъ дѣлѣ. Около того же времени канцлеръ Фридриха Великаго, Jarigues, въ своемъ сочиненіи Réflexions philosophiques, выражающемъ воззрѣнія самого Фридриха, пишетъ, что монархъ, который господствуетъ надъ свободными людьми и правитъ ими сообразно съ законами, никогда не долженъ осуществлять судебной должности, ибо самое справедливое рѣшеніе монарха остается беззаконнымъ и противорѣчитъ учрежденіямъ страны. Наконецъ, Правительственное распоряженіе 1772 г. объявляетъ, „какъ первое основаніе нашего судебнаго устройства“, что никакое дѣло, рѣшенное судомъ въ послѣдней инстанціи, не можетъ быть разсматриваемо и перерѣшаемо вновь [1]).

---

même, le hasard donnera de meilleurs sujets que le choix du prince. (De l'esprit des lois l. V. ch. XIX).

[1]) См. Stölzel, Fünfzehn Vorträge aus d. Brandenb.—Preüss. Rechts—und Staatsgeschichte стр. 150 и сл.

Исторія русскаго права свидѣтельствуетъ объ аналогичномъ стремленіи

Мы видимъ, такимъ образомъ, что отдѣленіе судебной функціи отъ законодательной явилось непосредственнымъ результатомъ естественнаго развитія политической жизни; уже по одному этому несправедливо считать начало обособленія властей абстрактнымъ измышленіемъ теоретической мысли, непримѣнимымъ къ дѣйствительной жизни. Въ сущности, уже Генрихъ Кокцей въ концѣ XVII в., провозгласивъ начало: „Princeps ex plenitudine potestatis jus quaesitum subditis auferre non potest", тѣмъ самымъ провозгласилъ начало обособленія властей.

Если, такимъ образомъ, въ отношеніи къ обособленію судебной власти практика предшествуетъ теоріи, то въ отношеніи къ обособленію правительственной власти теорія предшествуетъ практикѣ. Только благодаря великимъ завоеваніямъ освободительной философіи XVIII в. оказалось возможнымъ отдѣленіе правительственной власти отъ законодательной, или, другими словами, возникновеніе правоваго государства нашихъ дней.

III.

Родоначальникомъ современной теоріи правоваго государства является Монтескье.

Впервые Монтескье въ обособленіи властей [1]) усматри-

верховной власти и у насъ отдѣлить отъ верховнаго управленія судебную функцію. Такъ, въ Петровскомъ указѣ объ учрежденіи рекетмейстерской должности при Сенатѣ мы читаемъ: „Въ случаѣ же, ... , что оные-же неудовольствованные челобитчики отъ своей неразумной продерзливости и онаго Сената правосудіемъ не удовольствуются, потомъ имъ уже больше никуда своего челобитья не имѣть; понеже тотъ вышній Сенатъ отъ его Ц. В. высокоповѣреннымъ есть и въ особахъ честныхъ и знатныхъ состоитъ, которымъ не только челобитчиковы дѣла, но и правленіе государственное повѣрено есть; и кто дерзнетъ о томъ Его-же Величеству бить челомъ, и тотъ смертному осужденію повиненъ будетъ (I П. С. З., № 3261, п. 5). Правда, ни Петру Великому, ни его ближайшимъ преемникамъ не удалось достигнуть дѣйствителькаго отдѣленія судебной функціи отъ функціи активнаго управленія. Однако, и въ самодержавной Россіи такое отдѣленіе и, вмѣстѣ съ нимъ, подзаконность гражданскаго и уголовнаго суда осуществлены были великой судебной реформой Императора Александра II.

[1]) Монтескье нигдѣ не говоритъ о раздѣленіи (division, séparation) властей;

ваетъ необходимое условіе—гарантію политической свободы; подъ политической свободой гражданина онъ понимаетъ спокойствіе его духа, проистекающее изъ увѣренности въ собственной безопасности, въ неприкосновенности своихъ правъ.

Въ отличіе отъ другихъ государствъ, Англія непосредственной цѣлью своей конституціи полагаетъ политическую свободу; поэтому на англійской конституціи можетъ и должно быть изучаемо обособленіе властей.

Съ рѣзкой категоричностью указываетъ Монтескье на опасность, грозящую политической свободѣ отъ соединенія законодательной, исполнительной и судебной власти въ однѣхъ и тѣхъ же рукахъ.

Если законодательная и исполнительная власть, говоритъ онъ, нераздѣльны другъ отъ друга, въ государствѣ нѣтъ свободы, потому-что монархъ или собраніе могутъ издавать тираническіе законы, чтобы тираннически ихъ исполнять. Точно также не можетъ быть свободы, если судебная власть не отдѣлена отъ законодательной и исполнительной, ибо въ первомъ случаѣ судья будетъ законодателемъ, и власть его надъ жизнью и свободой гражданъ будетъ произвольной; во второмъ—судья будетъ имѣть силу притѣснителя. Все погибло, если всѣ эти три власти соединены въ рукахъ одного и того же лица, аристократическаго или народнаго собранія [1]).

Не подлежитъ сомнѣнію, что принципъ обособленія властей въ правильномъ его пониманіи лежитъ въ основѣ современнаго конституціоннаго строя.

Представительное начало, какъ таковое, опредѣляетъ собою соціальную природу конституціоннаго государства; подзаконность правительственной власти, осуществляемая *путемъ* представительной организаціи законодательства, опредѣляетъ собою юридическую его природу. Въ республикѣ законодательная

терминъ, имъ употребляемый: distribution des trois pouvoirs, всего точнѣе перевести: распредѣленіе властей. Мы говоримъ объ *обособленіи властей*, такъ какъ этотъ терминъ, по нашему мнѣнію, правильнѣе всего передаетъ внутренній смыслъ разсматриваемой теоріи.

[1]) De l'esprit des lois кн. XI гл. VI; см. также кн. VI гл. III, V, VI и VII; кн. XI гл. XI и др.

власть принадлежитъ парламенту или народному собранію, исполнительная — президенту или исполнительной коллегіи. Въ конституціонной монархіи органомъ законодательной власти является „король въ парламентѣ“, органомъ правительственной власти—юридически отъ него отличный „король въ кабинетѣ“. Въ конституціонной монархіи воля „короля въ парламентѣ“, т. е. законъ точно такъ же связываетъ и обязываетъ „короля въ кабинетѣ“, какъ въ республикѣ воля парламента—президента.

Несмотря на это, теорія Монтескье отнюдь не пользуется всеобщимъ признаніемъ. Двѣ существенно-важныхъ ошибки, допущенныя Монтескье, въ значительной мѣрѣ, искажаютъ правильную и глубокую мысль, лежащую въ основѣ его теоріи.

Первая ошибка — сближеніе теоріи обособленія властей съ теоріей, такъ называемой, *смѣшанной* формы правленія.

Изъ трехъ властей Монтескье одна, судебная власть должна быть, по его мнѣнію, осуществляема не постояннымъ учрежденіемъ, а присяжными судьями, извлекаемыми изъ среды народа. *Организованный* характеръ должны имѣть только *двѣ* власти—исполнительная и законодательная; изъ нихъ первая, т. е. исполнительная власть, должна быть поручена монарху; вторая, т. е. законодательная, должна принадлежать двумъ палатамъ. Одна изъ палатъ должна быть народной; а такъ какъ непосредственное осуществленіе народомъ законодательной власти невозможно въ большихъ государствахъ и неудобно въ малыхъ, то народъ долженъ осуществлять свою власть черезъ посредство избираемыхъ имъ народныхъ представителей. Другая палата должна быть аристократической; она должна представлять „сословіе знатныхъ“, отличное отъ народа благородствомъ происхожденія, почестями, богатствомъ. Слитое съ народомъ, аристократическое меньшинство неизбѣжно оказалось-бы порабощеннымъ народнымъ большинствомъ; поэтому оно должно образовать особое „сословіе“, имѣющее право останавливать рѣшенія народа точно такъ же, какъ народъ имѣетъ право останавливать его рѣшенія.

Монархъ, аристократическое собраніе и собраніе народ-

ныхъ представителей, — таковы необходимые элементы правильной организаціи государственной власти, основанной на принципѣ обособленія властей. Эти элементы, въ своей совокупности, образуютъ такъ называемую *смѣшанную*,—или, по терминологіи Монтескье, *умѣренную* форму правленія. Изъ всѣхъ, вообще, возможныхъ формъ правленія смѣшанная или умѣренная форма является, по мнѣнію Монтескье, наилучшей [1]).

Ученіе Монтескье о смѣшанной формѣ правленія представляется несостоятельнымъ въ двухъ отношеніяхъ.

Прежде всего, смѣшанная форма правленія отнюдь не можетъ быть признана *наилучшимъ*, т. е. наиболѣе совершеннымъ типомъ политической структуры государства.

Съ исторической точки зрѣнія, смѣшанная форма является не чѣмъ инымъ, какъ переходомъ отъ стараго порядка къ новому, компромиссомъ между чуждыми другъ другу началами, —еще не вполнѣ отжившимъ началомъ абсолютизма и сословности и развивающимся, но не успѣвшимъ еще окончательно восторжествовать, демократическимъ началомъ. Разсматриваемая съ этой точки зрѣнія, смѣшанная форма правленія является, такимъ образомъ, не идеальной, а временной и переходною формой: основанная на компромиссѣ, на комбинаціи трехъ чуждыхъ другъ другу элементовъ, монархическаго, аристократическаго и демократическаго, она находится въ состояніи неустойчиваго равновѣсія и выходитъ изъ него при усиленіи одного изъ этихъ элементовъ.

Такъ, въ Англіи, въ странѣ, осуществившей въ XVIII в., по мнѣнію Монтескье, идеалъ государственнаго устройства, демократическій элементъ, въ настоящее время почти оконча-

---

[1]) Въ аристократической Венеціи Монтескье находитъ обособленіе властей; Большой Совѣтъ осуществляетъ законодательную, прегади—исполнительную, Совѣтъ Сорока—судебную власть. Все зло, по мнѣнію Монтескье, заключается въ томъ, что всѣ эти власти состоятъ изъ магистратовъ одного и того же (аристократическаго) класса, вслѣдствіе чего онѣ образуютъ, въ сущности, одну и ту-же власть (De l'espit des lois кн. XI гл. VI). Наоборотъ, въ царскомъ Римѣ конституція была монархической, аристократической и народной, вслѣдствіе чего гармонія власти была такова, что первыя царствованія не знали ни зависти, ни конфликтовъ (ib. кн. XI гл. XII).

тельно уже вытѣснилъ элементъ аристократическій и въ чрезвычайной степени умалилъ значеніе монархическаго элемента. Корона въ Великобританіи является въ настоящее время, по выраженію Беджгота, не болѣе, какъ орнаментальною частью конституціи; палата лордовъ, нѣкогда управлявшая Англіею, потеряла почти всякое значеніе съ тѣхъ поръ, какъ центръ тяжести государственной жизни перемѣстился въ нижнюю палату. Но и въ настоящемъ своемъ значеніи верхняя палата вызываетъ нареканія и недовольство со стороны демократическихъ элементовъ общества. Дайси, лучшій знатокъ англійскаго государственнаго права, полагаетъ, что дни верхней палаты сочтены и что въ скоромъ будущемъ ей придется уступить могущественному натиску демократическихъ теченій. Во всякомъ случаѣ, существованіе свое англійская верхняя палата покупаетъ цѣною своей ничтожности. Что касается другихъ конституціонныхъ государствъ, то необходимо замѣтить, что только въ нѣкоторыхъ изъ нихъ, напр., въ Венгріи, Австріи, Германіи, отчасти Италіи, верхнія палаты сохранили аристократическій характеръ. Въ большинствѣ государствъ онѣ либо основаны на федеративномъ началѣ, либо состоятъ изъ такихъ же народныхъ представителей, какъ и нижнія палаты; ни въ томъ, ни въ другомъ случаѣ онѣ, разумѣется, аристократическаго элемента не представляютъ.

Какъ историческій типъ государственнаго устройства, смѣшанная форма далеко не всегда и не вездѣ оказывается возможной. Въ основѣ разсматриваемой теоріи лежитъ совершенно несостоятельная мысль о возможности искусственнаго возсозданія элементовъ, изъ которыхъ слагается идеально-организованная государственная власть. Въ дѣйствительности же, большинство государствъ было бы навсегда обречено на „неправильное“ существованіе, если бы смѣшанная форма правленія являлась единственно — правильной. Не можетъ, напримѣръ, въ Сѣверо-Американскихъ Соединенныхъ Штатахъ возникнуть монархическая власть, — и, именно, потому не можетъ, что въ великой демократической республикѣ не имѣется вовсе необходимыхъ для монархіи соціальныхъ элементовъ. Яркой и убѣдительной иллюстраціей не-

возможности искусственнаго возсозданія новыхъ общественныхъ элементовъ является попытка Наполеона I образовать вокругъ себя новую имперскую аристократію, хранительницу имперіи и династіи. Раздавая громкіе титулы, Наполеонъ создалъ раззолоченную толпу униженно-льстивыхъ лакеевъ, измѣнически предавшихъ его въ ту минуту, когда власть ускользнула изъ его рукъ.

Переходный и преходящій характеръ, такъ называемой, смѣшанной формы правленія, въ связи съ невозможностью искусственнаго образованія тѣхъ элементовъ, которые являются необходимыми ея предположеніями,—эти факты съ достаточной убѣдительностью свидѣтельствуютъ о несостоятельности теоріи, считающей смѣшанную форму единственно правильной.

Современнымъ государствомъ является только демократическое государство. Въ зависимости отъ историческихъ условій, въ одномъ случаѣ это демократическое государство облекается въ форму конституціонной монархіи, въ другомъ—въ форму представительной или непосредственной республики; и въ томъ, и въ другомъ случаѣ, обособленіе властей не можетъ и не должно идти въ разрѣзъ съ демократической природой современнаго государства.

Другая—въ высшей степени существенная ошибка Монтескье заключается въ сближеніи теоріи обособленія властей съ теоріей *уравновѣшенія* или *координаціи* ихъ.

Разсматривая обособленіе властей, какъ необходимую гарантію политической свободы, Монтескье справедливо полагаетъ, что оно должно быть устойчивымъ и неизмѣннымъ. А это, по его мнѣнію, возможно только въ томъ случаѣ, если ни одна изъ властей не является настолько сильной, чтобы узурпировать полномочія другихъ. Поэтому необходимо, чтобы одна власть останавливала другую [1]); необходимо равновѣсіе, *балансированіе* властей [2]).

Для того, чтобы учредить умѣренное правленіе необходимо

---

[1]) De l'E. d. L. кн. XI гл. IV.

[2]) Въ Римѣ, по мнѣнію Монтескье, народъ имѣлъ огромную власть, которую необходимо было уравновѣсить другою (qu'il falloit b a l a n c e r par un autre); сенатъ былъ недостаточнымъ противовѣсомъ народа (Le senat ne suffisoit pas pour c o n t r e b a l a n c e r le peuple). De l'E. d. L. кн. XI гл. XVIII.

урегулировать власти, „прибавить, такъ сказать, гирю къ одной изъ нихъ для того, чтобы она уравновѣшивала другую [1]). Власти должны быть равносильны; они должны либо дѣйствовать согласно, либо пребывать въ равновѣсіи, т. е. бездѣйствовать вовсе [2]).

На теоріи уравновѣшенія властей Монтескье основываетъ свое ученье объ отдѣльныхъ институтахъ конституціоннаго строя,—о королевской власти, о двупалатной системѣ, о взаимоотношеніи между законодательной и правительственной властью и др. [3]).

А между тѣмъ не подлежитъ сомнѣнію, что обособленіе властей, понимаемое, какъ ихъ уравновѣшенье, находится въ прямомъ противорѣчіи съ принципомъ *единства* государственной власти; именно потому всѣ, вообще, критики теоріи Монтескье свои возраженія направляютъ не противъ принципа обособленія, а противъ принципа уравновѣшенія властей.

До настоящаго времени во главѣ противниковъ теоріи обособленія властей называютъ обыкновенно Руссо. Дѣйствительно, абсолютистъ Руссо — противъ *раздѣленія власти:* законодательная власть суверена — народа должна быть едина и нераздѣльна. Но и Руссо въ отдѣленіи исполнительной власти отъ законодательной усматриваетъ необхо-

---

[1]) Pour former un gouvernement modéré il faut combiner les puissances, les régler, les tempérer, les faire agir; donner, pour ainsi dire, un lest à l'une pour la mettre en état de résister à une autre (De l'E. d. L. кн. V гл. XIV in fjne).

[2]) ib. кн. XI гл. VI.

[3]) Объ этомъ см. ниже.—Въ виду всѣхъ вышеприведенныхъ цитатъ никакъ нельзя согласиться съ мнѣніемъ Н. М. Коркунова, будто понятію равновѣсія властей Монтескье «не придавалъ особеннаго значенія». (Указъ и законъ стр. 207). Точно также неправильно утвержденіе Rehm'a (Allgemeine Staatslehre стр. 236 и 286), будто, по ученію Монтескье, исполнительная власть должна быть подчинена законодательной (Срв. Iellinek, Das Recht d. mod. Staates I стр. 454 прим.). Теорія Монтескье объ уравновѣшеніи властей для правильнаго ея пониманія должна быть поставлена въ связь съ механической концепціей государства, вообще, господствовавшей въ философіи права XVII и XVIII в.в. Объ уравновѣшеніи властей въ ученіи Локка и Блекстона см. у Rehm'a, и. с. стр. 229 и сл., 244 и сл.

димое условіе подзаконности исполнительной власти, ея подчиненія власти законодательной.

Какъ извѣстно, демократіей Руссо называетъ такую форму правленія, въ которой законодательная и исполнительная власть, неотдѣленныя другъ отъ друга, находятся въ рукахъ суверена—народа. Казалось бы, говоритъ онъ, что не можетъ быть лучшей конструкціи, чѣмъ та, въ которой исполнительная власть соединена съ законодательной; но, именно, такое соединеніе влечетъ за собою неудовлетворительность управленія во многихъ отношеніяхъ. Въ демократіяхъ не различаются вещи, которыя *должны быть* различаемы. Тотъ, кто издаетъ законы, не долженъ ихъ исполнять. Народное собраніе не должно отвлекать своего вниманія отъ общихъ вопросовъ, сосредоточивая его на вопросахъ частныхъ [1]). Исполнительная власть (la force publique) должна быть вручена суверенома соотвѣтственному агенту, который соединяетъ ее въ своихъ рукахъ и осуществляетъ сообразно указаніямъ общей воли [1]). Исполнительная власть, по опредѣленію Руссо, есть новый „корпусъ“, отличный отъ подданныхъ и суверена, занимающій между ними посредствующее мѣсто [2]). Суверенъ и правительство—эти два отдѣльныхъ „corps“—должны быть строго отдѣлены другъ отъ друга. Если суверенъ хочетъ управлять или правительственная власть издавать законы, твердое правило уступаетъ мѣсто безпорядку, сила и воля не дѣйствуютъ гармонично, государство разлагается и впадаетъ въ деспотизмъ, или анархію [3]).

---

[1]) Il semble donc, qu'on ne saurait avoir une meilleure constitution que celle où le pouvoir exécutif est joint au législatif; mais c'est cela même qui rend ce gouvernement insuffisant à certains égards, parce que les choses qui doivent être distinguées ne le sont pas... Il n'est pas bon que celui qui fait les lois les exécute, ni que le corps du peuple detourne son attention des vues générales pour les donner aux objet particuliers (Contrat social кн. III гл. IV).

[1]) Ib. кн. III гл. I.

[2]) „.... un nouveau corps dans l'Etat, distinct du peuple et du souverain et intermediaire entre l'un et l'autre“ (Ib.).

[3]) Ib.; подъ сильнымъ вліяніемъ Руссо, а не Монтескье, Кантъ, въ своихъ „Metaphysische Anfangsgründe d. Rechtslehre (2 изд. 1798 г. стр. 195 и 199) пишетъ: „Ein jeder Staat enthält drei Gewalten in sich, d. i. den allgemeinen

Послѣднія слова—не что иное, какъ новая варіація теорія обособленія властей Монтескье [1]).

Съ безусловно—отрицательнымъ отношеніемъ къ теоріи Монтескье мы встрѣчаемся въ современной германской литературѣ публичнаго права. По словамъ Лабанда, въ германской политической и государственно-правовой литературѣ по вопросу о несостоятельности этой теоріи съ давнихъ поръ установилось почти полное единогласіе [2]).

Однако, и здѣсь отрицательное отношеніе къ теоріи Монтескье направлено не столько противъ принципа обособленія, сколько противъ принципа уравновѣшенія властей. Впервые Р. ф. Молемъ было категорически указано, что „раздробленіе государственной власти на три другъ отъ друга обособленныхъ и *независимыхъ* власти разлагаетъ государственный организмъ, превращаетъ единство во множество и практически ведетъ къ анархіи и разрушенію [3]). Позднѣйшіе авторы, отвергая теорію Монтескье, ссылаются на одного Моля, не прибавляя къ сказанному имъ ни одного новаго аргумента [4]). Между тѣмъ, само собою очевидно, что приведенный аргументъ направленъ не противъ обособленія, а, противъ уравновѣшенія властей. Что касается теоріи обособленія властей, то, именно, въ германской доктринѣ—уже послѣ того, какъ Лабандъ такъ увѣренно отмѣтилъ „почти полное единогласіе“ въ отрицательномъ къ

Wiellen in dreifacher Person.... Die drei Gewalten sind einander als so viel moralische Personen beigeordnet. (цит. у Bernatzik'a въ Archiv für öff. Recht V (1890) стр. 209 прим. 149).

[1]) Мы не можемъ согласиться съ мнѣніемъ М. М. Ковалевскаго (Происхожденіе современной демократіи т. I стр. 614 и сл.), будто Руссо говоритъ не только о раздѣленіи, но и о равновѣсіи властей, въ томъ самомъ смыслѣ, въ какомъ понималъ его Монтескье. Это мнѣніе опровергается тѣми самыми цитатами изъ Руссо, которыя, въ его подтвержденіе, приводятся проф. Ковалевскимъ. И вообще, теорія равновѣсія властей стоитъ въ безусловномъ противорѣчіи съ политической философіей Руссо.

[2]) Laband, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches 2 изд. I стр. 493 прим. 2.

[3]) R. v. Mohl, Geschichte und Litteratur der Staatswissenschaften I, стр. 274.

[4]) Laband (l. c.); Gareis, Allgemeines Staatsrecht, стр. 34; Bernatzik l. c., стр. 208 прим. 148 и др.

ней отношеніи—мы встрѣчаемся съ *возрожденіемъ* этой теоріи,—въ ея новомъ, единственно правильномъ значеніи [1]).

Не подлежитъ сомнѣнію, что теорія уравновѣшенія властей, возникшая на почвѣ механической концепціи государства, противорѣчитъ принципу единства и нераздѣльности государственной власти. Если, дѣйствительно, государственная власть едина, то въ государствѣ всегда и необходимо существуетъ *верховная* власть, воля которой, именуемая закономъ, опредѣляя организацію и дѣятельность остальныхъ властей, стоитъ выше ихъ всѣхъ. Правильно понимаемое обособленіе властей ничего общаго съ раздѣленіемъ власти не имѣетъ. Такое обособленіе требуетъ отдѣленія правительственной и судебной власти отъ законодательной не для того, чтобы ихъ поставить рядомъ съ нею, а для того, чтобы ихъ подчинить ей; оно требуетъ *подзаконности* правительственной и судебной власти.

Въ этомъ—и только въ этомъ—своемъ значеніи начало обособленія властей должно быть разсматриваемо, какъ краеугольный камень западно-европейскаго конституціонализма. Отдѣленія правительственной власти отъ законодательной, а также судебной—отъ той и другой является необходимымъ условіемъ подзаконности какъ правительственной, такъ и судебной власти; именно, потому обособленіе властей является основнымъ принципомъ правоваго государства.

(Продолженіе слѣдуетъ).

---

[1]) См. ниже, гл. I § IV.

ЗАБЫТЫЙ ЗАКОНЪ.

(О лучшемъ устройствѣ отношеній городовъ къ земскимъ учрежденіямъ).

I.

Компетенція земскихъ и городскихъ учрежденій, созданныхъ по закону 1 января 1864 г. и 16 іюня 1870 г., была не ахти какъ широка, но все таки принципіально признавалось, что эти учрежденія, въ кругу ввѣренныхъ имъ дѣлъ, дѣйствуютъ самостоятельно [1]). Законами же 12 іюня 1890 и 11 іюня 1892 г. они поставлены въ полное подчиненіе администраціи, въ лицѣ губернаторовъ и градоначальниковъ, которымъ предоставленъ надзоръ не только за законностью дѣйствій земскихъ и городскихъ учрежденій, но и за правильностью ихъ [2]), и которымъ, а въ извѣстныхъ случаяхъ и Министру Внутреннихъ Дѣлъ, принадлежитъ дискреціонное право не утверждать въ должности лицъ, избранныхъ земскими собраніями и городскими думами на земскую и городскую службу, что, послѣ двукратнаго отказа въ утвержденіи, влечетъ за собою замѣщеніе этихъ должностей распоряженіемъ администраціи [3]).

Постоянное вторженіе администраціи въ сферу дѣятельности земскихъ и городскихъ учрежденій, доходившее и до

---

[1]) Ст. 6 пол. о зем. учр. и ст. 5 гор. полож.
[2]) Ст. 5 пол. о зем. учр. и ст. 11 гор. полож.
[3]) Ст. 119 пол. о зем. учр. и ст. 119 гор. полож.

разгрома отдѣльныхъ земствъ [1]), лишало послѣднія того спокойствія духа, которое требуется для плодотворности всякой работы, вызывало массу жалобъ Правительствующему Сенату, конечно, въ тѣхъ случаяхъ, когда представлялась возможность жаловаться, потому что по закону жаловаться можно только въ тѣхъ случаяхъ, когда постановленія земскаго собранія или городской думы отмѣняются губернской властью, какъ *несогласныя съ закономъ*; для случаевъ же, когда эти постановленія признаются губернаторомъ несоотвѣтствующими общимъ государственнымъ пользамъ и нуждамъ или явно нарушающими интересы мѣстнаго населенія, жалобъ вовсе не полагается [2]).

Изложеннымъ далеко не исчерпываются всѣ тормазы для общественной самодѣятельности, внесенные въ земское и городовое положеніе 1890 и 1892 г. Да и наша задача заключается не въ указаніи этихъ тормазовъ, которые, можно надѣяться, будутъ устранены, если осуществятся надежды русскаго общества на реформу нашего строя. Мы желаемъ лишь обратить вниманіе на одинъ забытый законъ, благодаря неисполненію котораго до сихъ поръ не урегулированы отношенія между городскими и земскими учрежденіями и не устранены причины, вызывающія очень часто столкновенія между ними и даже ходатайства многихъ городовъ о выдѣленіи ихъ изъ состава земства.

II.

Причина указанныхъ столкновеній городовъ и земствъ выяснится изъ послѣдующаго изложенія.

По ст. 1 положенія о земскихъ учрежденіяхъ 1 января 1864 г. для завѣдыванія дѣлами, относящимися къ мѣстнымъ хозяйственнымъ пользамъ и нуждамъ каждой *губерніи* и каждаго *уѣзда*, образованы губернскія и уѣздныя земскія

---

[1]) См. Высоч. повелѣніе отъ 8 января 1904 г. о предоставленіи Министру Внутреннихъ Дѣлъ и Тверскому губернатору особыхъ полномочій по отношенію къ Тверскому земству.

[2]) Ст. 89—92 пол. о зем. учр. и ст. 84 и 85 гор. пол.

учрежденія [1]), причемъ кругъ дѣйствій этихъ учрежденій ограничивается предѣлами губерніи или уѣзда, каждому изъ сихъ учрежденій подвѣдомственныхъ (ст. 3 полож. о зем. учр. 1864 и 1890 г.г.). Что же слѣдуетъ разумѣть въ данномъ случаѣ подъ губерніей и уѣздомъ, однѣ ли ихъ территоріи внѣ городскія, или же въ ихъ территоріи входятъ и города? Вопросъ этотъ, въ отношеніи *„губерніи“*, разрѣшается статьей 7 общ. губ. учр., изд. 1892 г., по силѣ которой каждая губернія состоитъ изъ уѣздовъ и городовъ. А такъ какъ губернское земское собраніе отнесено, по ст. 14 того же учрежденія, къ губернскимъ мѣстамъ и властямъ, то его функціи распространяются на всю территорію губерніи, обнимающей и уѣзды и города. Нѣсколько какъ будто сложнѣе вопросъ о территоріи, на которую распространяется компетенція уѣздныхъ земскихъ учрежденій. Законъ (ст. 7 общ. губ. учр.) различаетъ уѣзды и города, причемъ послѣдніе, помимо столичныхъ и губернскихъ, дѣлятся на уѣздные и безуѣздные (ст. 9), и сами власти, по пространству дѣйствій, дѣлятся, поскольку рѣчь идетъ о городахъ и уѣздахъ, на городскія и уѣздныя, а къ числу послѣднихъ отнесены, между прочимъ, уѣздное земское собраніе и уѣздная земская управа, тогда какъ городская дума и городская управа считаются властями городскими (ст. 13, 15 и 16 общ. губ. учр.).

Указанное дѣленіе, основанное на размѣщеніи тѣхъ или другихъ законоположеній въ кодификаціонномъ порядкѣ, не можетъ само по себѣ опредѣлить кругъ дѣйствій уѣздныхъ земскихъ учрежденій, а потому необходимо обратиться къ тому закону, который спеціально для нихъ изданъ и посмотрѣть, что въ этомъ законѣ разумѣется подъ выраженіемъ „уѣздъ“—одна лишь внѣ городская его территорія, или же и входящіе въ составъ уѣзда города.

Для разрѣшенія этого вопроса нельзя прежде всего не указать на порядокъ образованія земскихъ собраній, коимъ принадлежитъ распорядительная власть и общій надзоръ за

---

[1]) Тоже, ст. 1 положенія 12 іюня 1890 г.

ходомъ дѣлъ (ст. 65 полож. 1864 г. и ст. 61 полож. 1890 г.). Уѣздное земское собраніе, сказано въ ст. 14 полож. о зем. учр. 1864 г., составляется изъ земскихъ гласныхъ, избираемыхъ: 1) уѣздными землевладѣльцами, 2) *городскими обществами* и 3) сельскими обществами.

Итакъ, по положенію 1864 г. гласные отъ городскихъ обществъ являются составнымъ элементомъ уѣздныхъ земскихъ собраній, равнымъ образомъ и по положенію 1890 г. владѣльцы городскихъ недвижимыхъ имуществъ пользуются активнымъ и пассивнымъ правомъ участія въ земскихъ собраніяхъ [1]). Очевидно, что было бы совершенно необъяснимо участіе городскихъ обществъ либо владѣльцевъ городскихъ недвижимостей въ составленіи земскихъ собраній, если бы компетенція послѣднихъ не распространялась и на городскія поселенія. Исключеніе сдѣлано лишь для городовъ Петербурга, Москвы и Одессы: завѣдываніе земскими дѣлами, до этихъ городовъ относящимися, возлагается на ихъ общественное управленіе, причемъ пользуются правами и несутъ обязанности: городская дума—уѣзднаго земскаго собранія, а городская управа—земской управы, и спеціально оговорено, что уѣзды С.-Петербургскій, Московскій и Одесскій имѣютъ особыя отъ этихъ городовъ земскія собранія и управы (ст. 15 полож. 1864 г. и ст. 7 полож. 1890 г.). Стало быть, въ другихъ мѣстахъ, гдѣ введены земскія учрежденія, города и уѣзды имѣютъ общее для тѣхъ и другихъ уѣздныя земскія собранія и управы, другими словами компетенція уѣздныхъ земствъ распространяется и на городскія поселенія.

Основанія, по которымъ столичные города и Одесса выдѣлены въ особыя земскія единицы, указаны въ „матеріалахъ“ по земскому общественному устройству“ [2]). Изъ этихъ ма-

---

[1]) По ст. 14 пол. о зем. учр. 1890 г. уѣздное земское собраніе составляется изъ земскихъ гласныхъ, избираемыхъ уѣздными избирательными собраніями и волостными сходами; правомъ же участія въ выборѣ гласныхъ пользуются и лица, владѣющія недвижимымъ имуществомъ опредѣленной цѣнности, состоящимъ въ городской чертѣ (ст. 16 и 24).

[2]) Изданіе хозяйственнаго департамента Министерства Внутреннихъ Дѣлъ 1885 г. т. II, стр. 526 и 527.

теріаловъ усмаривается, что при такомъ выдѣленіи Государственный Совѣтъ, обсуждая проектъ положенія о земскихъ учрежденіяхъ 1864 г., руководствовался слѣдующими соображеніями: въ столицахъ введено уже и дѣйствуетъ вполнѣ успѣшно новое городское устройство и управленіе, представляемое общими и распорядительными думами. Думы эти завѣдываютъ уже дѣлами, однородными съ тѣми, кои предполагается ввѣрить земскимъ учрежденіямъ. По устройству своему общая и распорядительная думы соотвѣтствуютъ въ системѣ проектированныхъ земскихъ учрежденій: первая—собранію, а вторая—управѣ. Съ другой стороны, говоритъ Государственный Совѣтъ, образованіе уѣздныхъ земскихъ собраній для Петербургскаго и Московскаго уѣздовъ изъ гласныхъ отъ уѣздовъ и отъ столицъ было бы неудобно въ томъ отношеніи, что соединеніе столь обширныхъ и богатыхъ городовъ, какъ Петербургъ и Москва, съ ихъ уѣздами, при образованіи уѣздныхъ земскихъ учрежденій представило бы значительныя затрудненія въ сооразмѣреніи представительства отъ города съ представительствомъ отъ остальныхъ частей уѣзда, безъ подчиненія или уѣзда вліянію города, или города вліянію уѣзда. Эти неудобства, по мнѣнію Государственнаго Совѣта, могутъ быть устранены, если предоставить столицамъ отдѣльное отъ уѣздовъ ихъ земское управленіе. Допустивъ указанное исключеніе для столицъ, Государственный Совѣтъ продолжаетъ: „но совершенное отдѣленіе города отъ уѣзда въ земскихъ дѣлахъ невозможно. Если допустить, что большіе города, какъ столицы, имѣютъ свой особый хозяйственный бытъ, отличный отъ быта малыхъ городовъ и сельскихъ поселеній, то не слѣдуетъ упускать изъ виду, что, съ другой стороны, всѣ города, не исключая самыхъ большихъ и столицъ, имѣютъ и общіе интересы съ другими частями уѣздовъ, а именно участіе въ отправленіи земскихъ повинностей. Жители городовъ платятъ земскіе сборы, состоящіе нынѣ въ завѣдываніи тѣхъ же учрежденій, кои завѣдываютъ подобными сборами съ сельскихъ обывателей, и расходуемые на предметы не городскаго собственно, а общаго уѣзднаго хозяйства. Въ Петербургѣ, напримѣръ, жителями его уплачивается зна-

чительная сумма земскихъ сборовъ, расходуемая на удовлетвореніе земскихъ потребностей не въ столицѣ, а въ уѣздахъ; если отдѣлить Петербургъ совершенно отъ губерніи, то эта сумма падетъ всею тяжестью на уѣзды. Поэтому, давая столицамъ отдѣльное въ отношеніи земскаго хозяйства устройство, необходимо также принять мѣры къ устраненію могущей произойти отъ того неравномѣрности въ распредѣленіи земскихъ сборовъ между жителями уѣздовъ и городовъ“...

Далѣе продолжаетъ Государственный Совѣтъ: предоставленіе городскимъ думамъ завѣдыванія дѣлами, ввѣряемыми земскимъ учрежденіямъ, на изложенныхъ выше основаніяхъ, можетъ быть распространено, кромѣ столицъ, нынѣ же, на г. Одессу, въ которомъ введено уже новое городское устройство, существующее въ Петербургѣ и Москвѣ. Что же касается немногихъ другихъ большихъ городовъ, въ коихъ по значительности населенія и развитію промышленности, городская жизнь имѣетъ свой самостоятельный характеръ, каковы, напримѣръ, Казань, Саратовъ, Харьковъ и другіе, то порядокъ завѣдыванія земскими дѣлами, установленный для столицъ, можетъ быть распространяемъ на означенные города постепенно, по мѣрѣ введенія столичнаго городского устройства, по особому всякій разъ представленію Министра Внутреннихъ Дѣлъ.

Изъ изложеннаго нельзя не видѣть, что по общему правилу: 1) вѣдомство уѣздныхъ земскихъ учрежденій распространяется на весь уѣздъ, включая и находящіяся въ немъ городскія поселенія, за исключеніемъ С.-Петербурга, Москвы и Одессы, а по закону 19 ноября 1901 г. и Кронштадта, и 2) что равнымъ образомъ вѣдомство губернскихъ земскихъ учрежденій простирается на всю территорію губерній, включая и городскія въ ней поселенія, въ томъ числѣ на столицы, Одессу и Кронштадтъ, городскія думы и управы которыхъ по исполненію обязанностей земскихъ учрежденій въ сихъ городахъ, состоятъ въ тѣхъ же отношеніяхъ къ губернскимъ земскимъ учрежденіямъ, какъ и уѣздныя земскія учрежденія (опр. Сен. 19 февраля 1891 г., № 1707).

Указаннымъ распространеніемъ компетенціи земскихъ

учрежденій и на городскія поселенія объясняется и право первыхъ назначать сборы съ недвижимыхъ имуществъ и въ городахъ (ст. 37 уст. о земск. пов., изд. 1899 г.), а равно право ихъ облагать земскими сборами промысловыя свидѣтельства на предпріятія, находящіяся и въ предѣлахъ городскихъ поселеній. Въ самомъ дѣлѣ, разъ земство обязано имѣть попеченіе о земско-хозяйственныхъ потребностяхъ и городскихъ мѣстностей, то необходимо было предоставить ему и матеріальныя средства для осуществленія этого попеченія.

III.

Повидимому городамъ не очень-то по сердцу пришлось быть источникомъ обложенія для земства. Прошло не болѣе пяти лѣтъ со времени обнародованія положенія о земск. учрежденіяхъ 1 января 1864 г., и въ средѣ Высочайше учрежденной коммисіи по пересмотру проекта положенія о городскомъ общественномъ управленіи и хозяйствѣ раздается уже единогласный отзывъ членовъ коммисіи и экспертовъ, что „городскія поселенія, въ большинствѣ случаевъ, находятся въ тягостныхъ отношеніяхъ къ мѣстному уѣздному земству“. Указывается на то, что, платя въ пользу земства весьма значительную часть общей суммы земскихъ доходовъ съ недвижимой собственности, неся въ то же время немалозначительные расходы на собственныя свои, а также земскія (пособія земству на содержаніе благотворительныхъ заведеній) и общегосударственныя нужды, каковые расходы падаютъ главною своею тяжестью опять на недвижимыя имущества, наконецъ, уплачивая особый налогъ въ пользу казны съ той же недвижимой собственности,—города, сравнительно съ уѣздами, вообще весьма обременены налогами, размѣръ коихъ въ пользу земства опредѣляется при томъ не по оцѣнкамъ, точно установившимся, а по оцѣнкамъ болѣе или менѣе произвольнымъ и измѣняемымъ по усмотрѣнію земства. Между тѣмъ, не имѣя въ земскихъ собраніяхъ такого числа представителей, которое въ состояніи было бы замѣтно вліять на постановленія

земскихъ собраній, города рѣдко достигаютъ уменьшенія земскихъ налоговъ, падающихъ на владѣльцевъ недвижимыхъ имуществъ въ оныхъ.

По заключенію Коммисіи принятіе мѣръ противъ такого ненормальнаго порядка вещей представляется совершенно необходимымъ. Самымъ дѣйствительнымъ средствомъ къ освобожденію городовъ отъ подобнаго тягостнаго положенія было бы выдѣленіе наиболѣе значительныхъ изъ нихъ въ самостоятельныя уѣздныя земскія единицы. Поэтому одни изъ членовъ коммисіи (Брунъ и Перетцъ), а также эксперты находили, что слѣдовало бы нынѣ же въ проектъ положенія о новомъ общественномъ устройствѣ городовъ внести особое правило о выдѣленіи значительнѣйшихъ изъ городовъ изъ состава уѣзднаго земства, для самостоятельнаго завѣдыванія земскими дѣлами, до нихъ относящимися, посредствомъ учреждаемыхъ въ нихъ вновь городского собранія и думы (т. е. городской думы и управы), на правахъ уѣздныхъ земскаго собранія и управы, и что если бы такое выдѣленіе нынѣ же, вмѣстѣ съ изданіемъ проекта положенія, оказалось почему либо невозможнымъ, въ такомъ случаѣ слѣдовало бы помѣстить въ проектѣ правило, на основаніи котораго города имѣли бы право ходатайствовать по означенному предмету предъ правительствомъ.

Другіе же члены коммисіи (князь Лобановъ-Ростовскій, Гротъ, Домонтовичъ и Шумахеръ) полагали, что прямое указаніе о предоставленіи городамъ такого ходатайства, никѣмъ не воспрещаемаго, заключало бы въ себѣ, въ нѣкоторомъ родѣ вызовъ ихъ къ такимъ ходатайствамъ и вмѣстѣ съ тѣмъ предрѣшеніе вопроса въ существѣ, которое не могло бы не быть обязательнымъ для правительства; что между тѣмъ, при послѣдующемъ разсмотрѣніи такихъ ходатайствъ, другія, не имѣющіяся нынѣ въ виду, обстоятельства могли бы затруднить немедленное удовлетвореніе подобныхъ ходатайствъ, особенно въ виду того, что съ лишеніемъ земства сборовъ съ городскихъ обывателей пришлось бы снять съ него и нѣкоторые общіе расходы, отнеся ихъ на города; что указанное обремененіе городскихъ обывателей налогами, въ сравне-

ніи съ жителями уѣздовъ, могло бы быть устранено другими способами, напр. ограниченіемъ земства въ правѣ обложенія городскихъ имуществъ посредствомъ опредѣленія для сего процентной ихъ стоимости; что окончательное направленіе означеннаго вопроса, столь важнаго для земства, безъ истребованія заключеній земскихъ собраній, представлялось бы едва ли удобнымъ и правильнымъ; что какъ бы ни высказались по этому вопросу земскія собранія, за правительствомъ всегда останется послѣднее слово и оно всегда будетъ имѣть возможность принять нужныя въ этомъ отношеніи мѣры; что во всякомъ случаѣ возбужденный вопросъ объ отношеніяхъ городовъ къ земству, требуя кореннаго измѣненія въ положеніи о земскихъ учрежденіяхъ, слишкомъ важенъ для того, чтобы могъ быть разрѣшенъ окончательно при разсмотрѣніи новаго проекта городоваго положенія.

Изложенныя сужденія происходили въ засѣданіи Коммиссіи 14 февраля 1870 г., но такъ какъ послѣдняя не постановила окончательнаго заключенія по этому предмету, то она возвратилась къ нему вновь въ засѣданіи 10 марта. Въ этомъ засѣданіи Московскій городской голова князь Черкасскій, между прочимъ, указалъ на то, что кромѣ Москвы, Петербурга и Одессы, гдѣ завѣдываніе земскими дѣлами, относящимися до этихъ городовъ, возложено на городскія думы и управы, есть не мало и другихъ значительныхъ городовъ, потребности коихъ, степень богатства и интересы имѣютъ не много общаго съ ихъ уѣздами. Отсюда самъ собою возникаетъ вопросъ, нѣтъ ли достаточнаго основанія къ признанію такихъ городовъ также отдѣльными самостоятельными земскими единицами?

Не вдаваясь въ подробныя илслѣдованія, на основаніи которыхъ можно было-бы вывести заключеніе, какіе именно города можно признать отдѣльными земскими единицами, представлялось бы, по мнѣнію кн. Черкасскаго, возможнымъ и совершерно послѣдовательнымъ остановиться на томъ общемъ внѣшнемъ признакѣ, по которому отдѣльное самостоятельное управленіе земскими дѣлами было бы предоставлено всѣмъ губернскимъ городамъ, тѣмъ болѣе, что съ введеніемъ

въ нихъ новаго городового положенія города эти удовлетворяли бы и тому условію, которое, между прочимъ, послужило поводомъ къ изъятію въ пользу Петербурга, Москвы и Одессы.

Потребности и интересы губернскихъ городовъ, по заявленію кн. Черкасскаго, по существу своему такъ различны съ потребностями и интересами ихъ уѣздовъ, что тѣ и другіе находятся постоянно въ совершенномъ противорѣчіи и обыкновенно послѣдніе удовлетворяются въ ущербъ первымъ. Между тѣмъ число представителей отъ города въ уѣздномъ земскомъ собраніи всегда несравненно менѣе числа представителей собственно уѣзда. Въ средѣ губернскаго земства положеніе губернскаго города еще невыгоднѣе, такъ какъ въ немъ число гласныхъ отъ губернскаго города зависитъ вполнѣ отъ выбора уѣзднаго собранія; во всякомъ случаѣ оно можетъ составлять лишь самую ничтожную часть въ сравненіи съ общимъ числомъ гласныхъ иногородныхъ, для которыхъ интересы губернскаго города совершенно чужды. Можетъ даже легко случиться, что уѣздное собраніе, большинство котораго состоитъ изъ негородскихъ обывателей, не изберетъ изъ горожанъ ни одного лица въ губернскіе гласные, и такимъ образомъ губернскій городъ не будетъ имѣть въ губернскомъ земскомъ собраніи ни одного представителя.

Приводя, въ видѣ примѣра, цыфровыя данныя по г. Тулѣ и его уѣзду для доказательства обремененія, при такомъ положеніи дѣла, губернскаго города въ пользу уѣзднаго земства, кн. Черкасскій продолжаетъ: послѣдствія установившагося порядка предвидѣть не трудно; наши губернскіе города, столь настоятельно нуждающіеся въ улучшеніи условій своего благоустройства, будутъ осуждены терпѣть постоянный недостатокъ въ средствахъ для удовлетворенія своихъ потребностей и надолго оставаться въ настоящемъ положеніи неустройства. Не то было бы, конечно, если бы городъ былъ увѣренъ, что собственныя его средства могутъ быть употреблены только на его нужды; что обязательныя по закону издержки въ пользу земства будутъ падать равномѣрно на все земство безъ облегченія однихъ на счетъ другихъ, и что представительство

города не станетъ безслѣдно теряться въ массѣ представителей съ чуждыми городу интересами. Засимъ московскій городской голова обращаетъ вниманіе на вопросъ еще большей важности: именно о неудобствѣ положенія обѣихъ столицъ въ качествѣ уѣздныхъ учрежденій въ составѣ губернскаго земства.

Приводя въ доказательство этого разныя цыфровыя данныя и указывая на то, какъ широко губернское земство пользуется финансовыми средствами г. Москвы, кн. Черкасскій говоритъ, что единственнымъ способомъ избѣжать указанныхъ неудобствъ, не касаясь существенныхъ основаній положенія о земскихъ учрежденіяхъ и не нарушая ихъ правильнаго строя, представляется слѣдующее: изъять Петербургъ и Москву изъ среды губернскаго земства и, образовавъ изъ нихъ самостоятельныя единицы въ ряду губернскихъ земскихъ учрежденій, поставить ихъ городскія общественныя собранія и городскія думы (т. е. городскія думы и управы) въ тѣ же отношенія къ администраціи, въ какихъ находятся къ ней губернскія земскія собранія и губернскія земскія управы.

Высказанныя кн. Черкасскимъ пожеланія не получили практическаго осуществленія, но Коммисія, въ виду высказанныхъ имъ соображеній, а также объясненій гласнаго С.-Петербургской городской думы Лихачева и члена Коммисіи тайнаго совѣтника Бруна, указывавшихъ на то: а) что земская оцѣнка недвижимыхъ имуществъ въ городахъ высока; б) что затѣмъ городамъ предстояло бы или оставаться безъ самыхъ настоятельныхъ улучшеній, за которыя они безъ сомнѣнія взялись бы съ полученіемъ самостоятельности въ отношеніи завѣдыванія своими хозяйствами, или увеличивать налоги до разстройства частныхъ хозяйствъ; в) что многіе города соединены съ земствомъ, не имѣя съ нимъ, по условіямъ жизни, ничего общаго; г) что такимъ образомъ при настоящемъ положеніи дѣла выходитъ вредъ экономическій и вредъ тотъ, что городское и земское управленіе, при всей разрозненности по мѣстамъ ихъ интересовъ, являются двумя, рядомъ стоящими, учрежденіями, которыя завѣдуютъ по нѣкоторымъ предметамъ однимъ и тѣмъ же дѣломъ и д) что вообще успѣхъ примѣненія проектируемаго „Положенія“ много зависитъ отъ разрѣшенія возбужден-

наго кн. Черкасскимъ вопроса въ благопріятномъ для городовъ смыслѣ,—постановила: объ изложенномъ представивъ на благоусмотрѣніе Государственнаго Совѣта, ходатайствовать о предоставленіи министру внутреннихъ дѣлъ войти въ подробное обсужденіе вопроса объ отношеніяхъ городовъ къ земству и въ дальнѣйшемъ поступить по установленному порядку [1]).

IV.

Согласно съ этимъ, въ Высочайше утвержденномъ $^{16}/_{28}$ іюня 1870 г. мнѣніи Государственнаго Совѣта объ изданіи городового положенія (отд. III п. 3) постановлено: предоставить министру внутреннихъ дѣлъ войти съ надлежащими представленіями въ Государственный Совѣтъ о лучшемъ, по ближайшемъ соображеніи, устройствѣ отношеній городовъ, не исключая и столицъ, къ учрежденіямъ земскимъ.

Въ виду этого министерство внутреннихъ дѣлъ обратилось 16 ноября 1870 г. къ губернаторамъ съ циркуляромъ, въ которомъ оно, признавъ необходимымъ, въ видахъ болѣе обстоятельнаго и удовлетворительнаго для обѣихъ сторонъ разрѣшенія этого дѣла, образовать на мѣстахъ, для обсужденія онаго, особыя коммисіи изъ равнаго числа представителей отъ подлежащихъ думъ и мѣстнаго земства,—увѣдомило о томъ губернскія начальства съ тѣмъ, чтобы о результатахъ, какіе будутъ достигнуты этими коммисіями, для ближайшаго опредѣленія взаимныхъ отношеній городовъ и земства, начальства эти представили министерству съ своими по обстоятельствамъ дѣла заключеніями.

Указанныя коммисіи должны были быть постепенно открываемы не только въ губернскихъ, но и въ уѣздныхъ городахъ, по мѣрѣ введенія въ нихъ городоваго положенія 1870 г., при чемъ въ составъ коммисій губернскихъ городовъ могли быть допускаемы и губернскіе гласные наряду съ уѣздными, съ тѣмъ лишь, чтобы общее число земскихъ предста-

---

[1]) Матеріалы, относящіеся до новаго общественнаго устройства въ городахъ Имперіи, т. III, стр. 209—211 и 359—365.

вителей не превышало числа членовъ отъ городскихъ обществъ. Опредѣленіе же числа членовъ коммисіи вообще предоставлено было Министерствомъ Внутреннихъ Дѣлъ взаимному соглашенію городовъ и земства [1]).

Что сдѣлано коммисіями, мы не знаемъ. Но фактъ тотъ, что со времени воспослѣдованія закона $^{16}/_{28}$ іюня 1870 г. прошло около 35 лѣтъ, а между тѣмъ отношенія городовъ къ учрежденіямъ земскимъ до сихъ поръ не урегулированы, и, повидимому, указанное Высоч. утв. мнѣніе Государственнаго Совѣта осталось забытымъ и во всякомъ случаѣ не приведено въ исполненіе.

А между тѣмъ отсутствіе правилъ, которыя нормировали бы отношенія городовъ и земствъ, вызываетъ подчасъ недоразумѣнія и споры между тѣми и другими.

Обстоятельство это обусловливается слѣдующимъ:

Какъ мы видѣли выше, въ земско-хозяйственномъ отношеніи города входятъ въ кругъ вѣдомства уѣздныхъ и губернскихъ земскихъ учрежденій, за исключеніемъ, относительно уѣздныхъ земскихъ учрежденій, гг. С.-Петербурга, Москвы, Одессы и Кронштадта, въ коихъ завѣдываніе земскими дѣлами, до сихъ городовъ относящимися, возлагается на общественное ихъ управленіе. Вслѣдствіе этого губернскимъ и уѣзднымъ земскимъ собраніямъ предоставлено право назначать сборы и съ недвижимыхъ имуществъ въ городахъ, а равно съ промысловыхъ свидѣтельствъ на предпріятія, находящіяся и въ городскихъ поселеніяхъ [2]). Между тѣмъ функціи городскихъ и земскихъ учрежденій по нѣкоторымъ предметамъ одинаковы. Такъ, по ст. 2 пол. о земск. учр. къ предметамъ вѣдомства земскихъ учрежденій отнесены, между прочимъ, попеченіе объ устраненіи недостатка продовольственныхъ средствъ, попеченіе о призрѣніи бѣдныхъ, участіе въ мѣропріятіяхъ по охраненію народнаго здравія и предупрежденію и прекращенію падежей скота, развитіе

---

[1]) Предлож. отъ 15 февр. 1871, № 1836.

[2]) Ст. 37 уст. о земск. пов., изд. 1899 г., и Отд. III Выс. утв. мн. Госуд. Совѣта 8 іюня 1898 г. объ утвержденіи положенія о государственномъ промысловомъ налогѣ.

средствъ врачебной помощи населенію и изысканіе способовъ по обезпеченію мѣстности въ санитарномъ отношеніи, попеченіе о развитіи средствъ народнаго образованія [1]); городовымъ же положеніемъ тѣ же предметы отнесены къ вѣдомству городскаго общественнаго управленія [2]). Возникаетъ такимъ образомъ вопросъ, каковы взаимныя отношенія по указаннымъ предметамъ городовъ и земствъ, въ кругъ вѣдѣнія которыхъ входятъ эти города?

Что это вопросъ не пустой, видно изъ дѣлъ, доходившихъ до разсмотрѣнія Правительствующаго Сената. Въ этомъ отношеніи представляетъ значительный интересъ дѣло по жалобѣ Владимірской губернской земской управы на постановленіе Владимірскаго губернскаго по земскимъ и городскимъ дѣламъ присутствія.

Обстоятельства этого дѣла таковы: Чрезвычайное Владимірское губернское земское собраніе 6 іюня 1892 г., выслушавъ докладъ губернской земской управы по поводу появленія въ предѣлахъ Россіи холерной эпидеміи, утвердило заключенія редакціонной коммисіи собранія, согласно коимъ полагалось, между прочимъ, всѣ расходы по поводу появленія холеры принять на счетъ губернскаго земства, ассигновавъ въ распоряженіе губернской управы 100.000 руб. Засимъ, въ виду того, что по 3 и 4 пп. 2 ст. гор. пол. мѣры къ охраненію народнаго здравія, устройство больницъ и завѣдываніе ими принадлежитъ къ предметамъ вѣдомства городскаго общественнаго управленія, а равно по смыслу 108 ст. полож. о земск. учр., изд. 1890 г., попеченіе о народномъ здравіи въ городахъ и расходы на этотъ предметъ до земства не касаются, просить губернатора обязать города Владимірской губерніи устроить временныя больницы для городскихъ больныхъ, а также принять другія мѣры предупрежденія и пресѣченія эпидеміи, въ томъ числѣ холерной, а отъ земства городамъ никакого пособія на этотъ предметъ не назначать.

---

[1]) Ст. 2, п.п. 2, 7, 8 и 10 пол. о земск. учр.

[2]) Ст. 2 п.п. 5, 6 и 9 гор. полож. 1892 г.

Это послѣднее постановленіе, на основаніи 88 ст. полож. о земск. учр. 1890 г., передано было губернаторомъ на разсмотрѣніе губернскаго по земскимъ дѣламъ присутствія, которое нашло, что въ законахъ не упомянуто, чтобы дѣло охраненія народнаго здравія въ предѣлахъ городскихъ территорій лежало на обязанности и отвѣтственности однихъ городскихъ управленій. Такъ какъ всѣ города, кромѣ столицъ и г. Одессы, входятъ въ составъ подлежащихъ земствъ губернскихъ и уѣздныхъ, то кругъ вѣдѣнія земскихъ учрежденій не можетъ не распространяться и на города, а затѣмъ обязанность ихъ принять ту или другую мѣру относительно городскихъ территорій опредѣляется въ каждомъ случаѣ значеніемъ самой мѣры. Въ данномъ случаѣ дѣло касается предотвращенія холерной эпидеміи, предмета, имѣющаго общее значеніе для всѣхъ мѣстностей Имперіи. Посему принятіе этими городами надлежащихъ мѣропріятій противъ означенной эпидеміи нисколько не исключаетъ обязательности участія въ этомъ дѣлѣ и земскихъ учрежденій, тѣмъ болѣе, что города губерніи не располагаютъ ни достаточною врачебною помощью, ни собственными лечебными заведеніями, а при такихъ условіяхъ эпидемія будетъ угрожать распространиться на всю губернію. По этимъ соображеніямъ губернское присутствіе отмѣнило постановленіе земскаго собранія, какъ несогласное со ст. 1, п. 8, ст. 2 и ст. 3 и 6 полож. о земск. учрежд.

Это постановленіе губернскаго присутствія Владимірская губернская земская управа обжаловала Правительствующему Сенату, доказывая, что законъ не только не обязываетъ земства къ оказанію городамъ пособій для борьбы съ эпидеміями или на другія санитарныя потребности, но даже, за нѣкоторыми, прямо оговоренными исключеніями, не относитъ къ обязательнымъ земскимъ расходамъ издержки на врачебно-санитарную часть въ самихъ уѣздахъ.

Означенная жалоба вызвала разногласіе въ первомъ департаментѣ Сената, повлекшее за собою переносъ дѣла въ первое общее собраніе, гдѣ тоже послѣдовало разногласіе, но засимъ было принято предложеніе Министра Юстиціи отъ

8 февраля 1897 года, вслѣдствіе чего первое общее собраніе отмѣнило обжалованное постановленіе Владимірскаго губернскаго присутствія. Соображенія, послужившія Общему Собранію для такой отмѣны, очень обширны, но для нашей цѣли достаточно привести слѣдующія: Сенатъ нашелъ, что „по нѣкоторымъ отраслямъ управленія законъ различаетъ въ составѣ губерній уѣзды и города, установляя для городскихъ поселеній по этимъ предметамъ особыя отъ уѣздовъ власти и мѣста, въ томъ числѣ и городскія общественныя управленія (ст. 7, 13 и 16 общ. губ. учр.). Установленіе особыхъ городскихъ властей, какъ законъ спеціальный для городскихъ поселеній, уже само по себѣ изъемлетъ города отъ дѣйствія общихъ уѣздныхъ властей по предметамъ вѣдомства сихъ особыхъ городскихъ учрежденій. Совмѣстное дѣйствіе на территоріи городовъ двухъ однородныхъ властей—уѣздной и городской—нарушало бы кореннымъ образомъ необходимое единство управленія: недопустимость его прямо выражена закономъ въ постановленіяхъ о полицейскихъ властяхъ (ст. 16, 633 и др. общ. губ. учр.). Въ виду изложеннаго и такъ какъ предѣлы вѣдомства губернскихъ земскихъ учрежденій не распространяются далѣе совокупности территорій, подвѣдомственныхъ уѣзднымъ земскимъ учрежденіямъ, и *городскія общественныя учрежденія не стоятъ, за исключеніемъ указанныхъ въ 7 ст. полож. о земск. учр. (гг. Петербурга, Москвы и Одессы) изъятій, въ связи съ земскими учрежденіями*, предметы же вѣдомства ихъ во многомъ совпадаютъ, необходимо, по мнѣнію Правительствующаго Сената, признать, что ни 1 и 3 ст. полож. о зем. учр., ни соображенія объ общемъ значеніи вопроса для уѣзда и городовъ, сами по себѣ, не даютъ основанія распространять вѣдомство земскихъ учрежденій по тому или другому предмету на городскія поселенія“ (опред. 1-го общ. собр. Правит. Сен. 24 марта 1895 г.—28 марта 1897 г., № 57).

V.

Изложенное опредѣленіе Правительствующаго Сената, по скольку имъ разрѣшается вопросъ о необязательности для

земскихъ учрежденій оказывать пособія городамъ въ расходахъ по борьбѣ съ эпидеміями, не представляетъ въ настоящее время никакого интереса, такъ какъ вопросъ этотъ разрѣшенъ уже Высочайше утвержденными 11 августа 1903 г. правилами о принятіи мѣръ къ прекращенію холеры и чумы при появленіи внутри Имперіи. Именно въ § 20 этихъ правилъ выражено: расходы по противочумнымъ и противохолернымъ мѣропріятіямъ покрываются въ земскихъ губерніяхъ и городахъ—на счетъ земскихъ и городскихъ общественныхъ установленій, по принадлежности. Въ случаѣ недостаточности мѣстныхъ источниковъ, губернская санитарно-исполнительная коммисія, чрезъ своего предсѣдателя, входитъ съ представленіемъ въ Высочайше учрежденную коммисію объ ассигнованіи кредитовъ изъ суммъ государственнаго казначейства [1]).

Отсюда слѣдуетъ, что по отношенію къ только что указаннымъ расходамъ города и земства дѣйствуютъ, въ виду закона 1903 г., самостоятельно. Поэтому если бы у города не оказалось достаточно средствъ на покрытіе этихъ расходовъ, то дефицитъ подлежитъ покрытію изъ средствъ Государственнаго казначейства, а не изъ земскихъ средствъ.

Но совсѣмъ другое значеніе имѣетъ высказанный Правительствующимъ Сенатомъ въ указанномъ опредѣленіи взглядъ, что городскія общественныя учрежденія не стоятъ въ связи съ земскими учрежденіями и что вѣдомство земскихъ учрежденій по тому или другому предмету вовсе не распространяется на городскія поселенія. Другими словами, что послѣднія выдѣлены, стоятъ особнякомъ отъ подлежащихъ земскихъ учрежденій—губернскихъ и уѣздныхъ.

Дѣло въ томъ, что хотя судебныя рѣшенія дѣлъ частныхъ не могутъ служить основаніемъ окончательныхъ рѣшеній по дѣламъ подобнымъ, но они могутъ быть приводимы въ поясненіе въ докладахъ (ст. 69 зак. основн.). Стало быть, упомянутое опредѣленіе Сената можетъ служить прецедентомъ по вопросамъ тожественнымъ, тѣмъ болѣе, что оно послѣдовало отъ такого высокаго и авторитетнаго учрежденія, какъ

---

[1]) Собр. узак. 21 окт. 1903 г., № 112, ст. 1664.

общее собраніе Правит. Сената. Напримѣръ, попеченіе о развитіи средствъ народнаго образованія лежитъ и на земскихъ и на городскихъ общественныхъ управленіяхъ (п. 2 ст. 10 полож. о зем. учр. и п. 9 ст. 2 гор. пол.). Обязано ли земство оказывать находящемуся на его территоріи городу пособіе на этотъ предметъ, въ особенности если у города не имѣется достаточно средствъ? Если руководствоваться взглядомъ Сената, что городскія поселенія не состоятъ въ связи съ земскими учрежденіями и что вѣдомство послѣднихъ вовсе не распространяется на городскія поселенія, то очевидно и вопроса быть не можетъ. Но дѣло въ томъ, что, какъ мы видѣли выше, взглядъ этотъ невѣренъ, противорѣчитъ и положенію о земскихъ учрежденіяхъ, и сужденіямъ Государственнаго Совѣта по проекту этого положенія, и соображеніямъ Высочайше учрежденной коммисіи по пересмотру проекта положенія о городскомъ общественномъ управленіи и хозяйствѣ, и, наконецъ, Высочайше утв. $^{16}/_{28}$ іюня 1870 г. Мнѣнію Государственнаго Совѣта, имѣвшему именно въ виду лучшее устройство отношеній городовъ къ учрежденіямъ земскимъ,—отношеній, считавшихся, по мнѣнію членовъ коммисіи, ненормальными, благодаря тому, что города, за исключеніемъ столицъ и Одессы, будучи включены въ предѣлы вѣдомства (уѣздныхъ) земскихъ учрежденій, служили лишь источникомъ земскаго обложенія, не получая соотвѣтственныхъ отъ земства выгодъ по земско-хозяйственнымъ дѣламъ городовъ.

Вопросъ объ обязанности земства оказывать пособія городамъ по дѣламъ земско-хозяйственнымъ не новый. Еще въ 1868 г. возникъ вопросъ объ обязанностяхъ земскихъ учрежденій въ отношеніи обезпеченія продовольствія городскихъ обывателей. Министерство внутреннихъ дѣлъ нашло, что положеніемъ о земскихъ учрежденіяхъ (1864 г.) на послѣднія возложено попеченіе о продовольствіи жителей вообще. Ст. 15 положенія ясно выражено, что имъ предоставлено также завѣдываніе земскими дѣлами городовъ. Сборы на земскія повинности производятся какъ въ уѣздахъ, такъ и въ городахъ. Поэтому и принимаемыя земствомъ мѣры къ обезпеченію про-

довольствія должны быть распространяемы въ равной мѣрѣ и на городскія поселенія... Само собою разумѣется, говоритъ Министерство, что городскимъ жителямъ могутъ быть оказываемы пособія изъ общихъ средствъ губерніи только по истощеніи ихъ собственныхъ продовольственныхъ капиталовъ (цирк. мин. вн. дѣлъ 18 іюля 1868 г. № 6917).

Ясно, что тѣ же соображенія одинаковы примѣнимы и къ другимъ предметамъ, предоставленнымъ одновременно вѣдомству и городскихъ и земскихъ учрежденій, напримѣръ къ попеченію о развитіи средствъ народнаго образованія: земство должно приходить на помощь своему городу, у котораго не имѣется достаточно матеріальныхъ способовъ для развитія средствъ народнаго образованія. Не даромъ же городъ является плательщикомъ земскихъ налоговъ и съ недвижимыхъ имуществъ и съ торговыхъ документовъ.

Слѣдуетъ замѣтить, что отношенія между городами и земствами значительно обострились, въ особенности со времени изданія положенія о земскихъ учрежденіяхъ 12 іюня 1890 г. Послѣднее усилило въ составѣ земскихъ собраній дворянскій землевладѣльческій элементъ, лишивъ въ то же время городскія общества права имѣть въ земскихъ собраніяхъ своихъ гласныхъ, которые могли бы отстаивать интересы городскихъ обывателей. Благодаря вѣроятно этому, усилились стремленія земства перенести тяжесть налоговаго бремени на городскія имущества, въ особенности на торговопромышленныя заведенія. Въ то время, какъ уѣздныя земли оцѣнены для обложенія земскими сборами въ нѣсколько разъ ниже дѣйствительной ихъ стоимости, городскія недвижимости, въ особенности же торговопромышленныя заведенія, нѣкоторыми земствами оцѣниваются по дѣйствительной ихъ стоимости. Этимъ нарушается принципъ уравнительности обложенія, что вызываетъ справедливыя нареканія со стороны плательщиковъ и вмѣстѣ съ тѣмъ служитъ стимуломъ къ ходатайствамъ болѣе значительныхъ городовъ о выдѣленіи ихъ въ особыя самостоятельныя отъ уѣздныхъ земствъ единицы.

Все изложенное приводитъ къ заключенію о необходимости вспомнить, что еще въ 1870 г. Государственный Совѣтъ

предоставилъ Министру Внутреннихъ Дѣлъ войти съ подлежащими представленіями въ Государственный Совѣтъ о лучшемъ устройствѣ отношеній городовъ къ учрежденіямъ земскимъ. Пора исполнить это порученіе и урегулировать на справедливыхъ и разумныхъ основаніяхъ отношенія городовъ и земствъ.

М. Мышъ.

ПРЕСТУПНОСТЬ, РЕПРЕССІЯ И ГЕРОИ М. ГОРЬКАГО.

Вѣдь это, можетъ быть, самый даровитый, самый сильный изъ всего народа русскаго! Но погибли даромъ могучія силы.... а кто виноватъ? То-то—„кто виноватъ“!

Ф. М. Достоевскій. Записки изъ Мертваго дома.

I.

Не всегда право, установленное въ томъ или иномъ государствѣ, совпадаетъ съ правами и правовыми воззрѣніями, сложившимися у отдѣльныхъ группъ населенія, входящихъ въ составъ этого государства. Не всегда совпадаетъ или—вѣрнѣе—никогда не совпадаетъ. Въ восьмидесятыхъ годахъ прошлаго столѣтія на Кавказѣ произошла кровавая исторія, стоившая многимъ жизни, а другихъ увлекшая въ тундры далекой Сибири, гдѣ они, можетъ быть, и теперь влачатъ жалкое положеніе граждански—умершихъ людей. Одинъ изъ знатныхъ горцевъ, въ полномъ согласіи съ правомъ своего племени, признававшаго экзогамный бракъ путемъ похищенія, похитилъ себѣ въ жены сестру горскихъ князей, состоявшихъ на службѣ при главноначальствующемъ. Послѣдній послалъ за похитителемъ военную погоню. Похититель и его родичи стали отбиваться и, перебивъ немало народа, были „взяты въ плѣнъ“, а затѣмъ отправлены въ каторжныя работы.

Разумѣется, въ глазахъ туземнаго населенія примѣненіе

къ нимъ законовъ уголовныхъ, судъ, каторга являются ничѣмъ инымъ, какъ грубымъ насиліемъ, такъ какъ торжество русскаго права здѣсь равносильно попранію правовыхъ началъ и нормъ, всосанныхъ каждымъ туземцемъ съ молокомъ матери; налицо своеобразное примѣненіе принципа: „summum jus—summa injuria".

Другой примѣръ. Среди башкиръ Пермской губерніи еще до сихъ поръ мѣстами сохранилось правовое воззрѣніе, въ силу котораго выдаваемая замужъ дѣвушка должна купить право принадлежать одному, лишь откупившись собою отъ всего мужского населенія своего рода. Это переживаніе родоваго брака, слывущее въ населеніи подъ названіемъ „ходить за пазуху", служитъ нерѣдко поводомъ къ кровавымъ столкновеніямъ и приводитъ „виновныхъ" на скамью подсудимыхъ по обвиненію то въ покушеніи на изнасилованіе, то въ разбоѣ. И опять люди, поступившіе такъ, какъ велѣло имъ право, несутъ разныя наказанія только потому, что ихъ право—въ коллизіи съ болѣе сильнымъ правомъ, не считающимся съ ихъ правами, обязанностями, обычаями и правовыми понятіями.

Подобное явленіе имѣетъ мѣсто далеко не въ одной области уголовной репрессіи. Едва ли не чаще можно наблюдать его въ сферѣ гражданскихъ правоотношеній. Всякому извѣстно, какимъ пріемомъ пользовались хищники башкирскихъ земель, закрѣпляя за собой громадныя пространства этой земли за ничтожную плату въ какихъ-нибудь пять рублей за десятину или даже просто какой-нибудь пустяшный натуральный эквивалентъ. Весь секретъ этой операціи состоялъ въ томъ, что башкирскому праву совсѣмъ не свойственно было понятіе отчужденія земли въ вѣчную собственность, по ихъ праву можно отчуждать лишь во временное пользованіе или, какъ они говорятъ, „продавать". Послѣдній терминъ широко распространенъ и среди русскаго крестьянскаго населенія для обозначенія института найма—личнаго или имущественнаго („нанялся—продался" и т. п.). И вотъ обѣ стороны вступали въ сдѣлку—каждая по своему праву—башкиры „продавали" землю, по своему юридическому пониманію, на время, въ наемъ, а хищники пріобрѣтали ее въ

собственность, понимая терминъ „продавать“ въ смыслѣ русскаго гражданскаго права.

Можно бы привести цѣлый рядъ примѣровъ изъ практики недавняго прошлаго, чтобы показать, къ какимъ результатамъ приводитъ столкновеніе правосознанія той или иной группы населенія съ правомъ всего государства. Разумѣется, единственное оправданіе этихъ коллизій состоитъ въ цѣлесообразности единаго права для всего государства въ интересахъ практической политики. Но съ другой стороны, гдѣ критерій этой цѣлесообразности? Какая гарантія тому, что цѣлесообразно воспитывать въ кавказскихъ горцахъ „здравыя понятія“ о неправомѣрности умычки женщинъ, но нецѣлесообразно прививать магометанамъ „здравыя понятія“ о моногамномъ бракѣ? Почему цѣлесообразно ставать на защиту женщины, къ которой родъ „идетъ за пазуху“ и нецѣлесообразно препятствовать свободѣ брачныхъ разводовъ у евреевъ? Вѣдь, съ точки зрѣнія сущности брака по русскому праву— все это въ одинаковой степени „мерзость Господеви“.

Однако, всѣ вышеприведенные примѣры нужны мнѣ вовсе не затѣмъ, чтобы доказывать нецѣлесообразность или несправедливость конфликтовъ русскаго права съ правами отдѣльныхъ группъ населенія государства. Изъ нихъ мнѣ хотѣлось бы сдѣлать совершенно иной выводъ.

Всѣ эти люди, принесенные въ жертву единству права, всѣ они погибли для гражданскаго общества, зачастую навсегда, изъ за того, что поступили такъ, какъ велѣло имъ ихъ правосознаніе. Многіе изъ нихъ ушли на каторгу, другіе въ исправительное арестантское отдѣленіе, третьи въ тюрьму только за то, что съ молокомъ матери всосали убѣжденіе въ правомѣрности сгубившихъ ихъ дѣйствій.

При этихъ условіяхъ наказаніе за безсознательно усвоенное правовоззрѣніе не равносильно ли наказанію за то, что у человѣка съ дѣтства—правая рука развита правильнѣе и сильнѣе лѣвой или отъ жизни въ темной, дымной юртѣ болятъ и гноятся глаза? Вѣдь, пора же наконецъ, усвоить элементарные выводы науки, которая говоритъ, что моральныя и правовыя воззрѣнія развиваются въ человѣкѣ подъ

давленіемъ житейской обстановки, усваиваются вслѣдствіе того, что онъ живетъ и развивается подъ вліяніемъ извѣстныхъ отношеній права и морали, и ужъ никакъ не составляютъ продукта какой то метафизической „злой воли“...

Совершенно ясно, что человѣкъ, котораго наказываютъ за то, что онъ поступилъ согласно съ сложившимися издавна правовоззрѣніями, не нуждается въ исправленіи наказаніемъ, такъ какъ подобное исправленіе было бы такъ же умѣстно, какъ исправленіе въ арестантскихъ отдѣленіяхъ тѣхъ юристовъ, которые не раздѣляютъ юридическихъ воззрѣній профессоровъ, входившихъ въ составъ коммисіи по составленію новаго уголовнаго уложенія.

Но разъ наказаніе въ этомъ случаѣ не можетъ достигать и даже преслѣдовать цѣль исправленія, то стало быть, единственной цѣлью наказанія по отношенію къ подобнаго рода преступникамъ является цѣль обезопасить отъ нихъ общество, цѣль, настолько же противная праву и его задачамъ, насколько, напримѣръ, противны принципамъ правового строя такія мѣры, какъ поголовное истребленіе кандидатовъ на престолъ при воцареніи новаго шаха въ Персіи. Въ цѣляхъ обезопасить общество отъ того или иного человѣка его незачѣмъ судить и приговаривать: пусть его прямо подвергаютъ смертной казни. Это будетъ и раціональнѣе, и въ то же время не будетъ считаться наказаньемъ за что то. Всякій будетъ смотрѣть на это, какъ щедринскій ершъ, разсуждавшій: „ѣдятъ развѣ за что? ѣдятъ потому, что ѣсть хотятъ“.

Эти выводы изъ нѣсколькихъ частныхъ единичныхъ случаевъ имѣютъ въ современномъ правовомъ режимѣ колоссальнѣйшее значеніе, такъ какъ конфликты единаго права государства съ воззрѣніями отдѣльныхъ группъ населенія далеко не исчерпываются фактами изъ жизни различныхъ народностей, составляющихъ государство, но распространяются и на проявленія жизни отдѣльныхъ группъ соціальнаго характера.

Въ лицѣ человѣка, лишеннаго собственности и въ силу того или иного стеченія обстоятельствъ провалившагося на „дно“ жизни или занимающаго въ обществѣ такое положеніе,

отъ котораго лежитъ прямая дорога на это „дно“, мы имѣемъ такого же кавказскаго горца, такого же башкира, который вынужденъ жить своимъ правомъ, своею моралью и поступать сообразуясь съ ними, а не согласно тѣмъ законамъ, на точномъ основаніи которыхъ управляется Россійская имперія.

Очеркъ правовыхъ взглядовъ такихъ общественныхъ группъ, анализъ ихъ генезиса, характеристика ихъ отношеній къ существующимъ законамъ и установленіямъ—и составляетъ задачу настоящей статьи. А матеріаломъ для нея должны послужить произведенія бытописателя этихъ общественныхъ группъ М. Горькаго, наблюденія котораго надъ поступками извѣстныхъ слоевъ населенія и анализъ ихъ душевныхъ движеній, по моему мнѣнію, цѣнны и необходимы для большинства нашихъ юристовъ. Въ его разсказѣ „Бывшіе люди“ бывшій ротмистръ и „бывшій“ человѣкъ Аристидъ Кувалда, указывая доктору, судебному слѣдователю и полицейскому приставу на обитателей ночлежки,—„бывшихъ людей“,—говоритъ: „Господа! Можетъ, вы хотите познакомиться съ моими квартирантами и пріятелями? Хотите? Все равно—рано или поздно, вамъ придется же по обязанностямъ службы знакомиться съ ними“..... Юристамъ точно также рано или поздно придется знакомиться съ этимъ людомъ въ жизни, а потому знакомство при посредствѣ М. Горькаго можетъ быть лишь необычайно полезно и плодотворно....

II.

Герои М. Горькаго—люди, въ силу тѣхъ или иныхъ условій принужденные порвать узы, приковывавшіе ихъ къ обществу, разорвать связи съ той общественной группой, къ составу которой они принадлежали по своему рожденію, званію, имущественному положенію. Они предпочли деклассироваться, стать внѣ общества и его группъ, и фигурируютъ предъ нами то въ роли „босяковъ“, профессія которыхъ „ходить“, „босячить“, не имѣя ни осѣдлости, ни занятія, то въ роли „бывшихъ людей“, т. е. людей, связанныхъ въ свое время съ классомъ и профессіей, а теперь занимающихся,

чѣмъ попало, и живущихъ, какъ попало, то въ роли опустившихся на „дно“ жизни людей, съ которыхъ „все слиняло,—одинъ голый человѣкъ остался“.

Деклассація этихъ лицъ въ большинствѣ случаевъ непосредственно обусловливается пьянствомъ, которое выбрасываетъ ихъ за бортъ общественной жизни. Но конечно, было бы чрезвычайно близорукимъ и поверхностнымъ искать причину этого пьянства въ „слабости воли“ или даже въ „злой волѣ“, этомъ „американскомъ дядюшкѣ“, разрѣшающемъ самыя сложныя проблемы преступности.

Пьянство и деклассація бывшихъ людей тѣсно связана съ тоской, которая гложетъ ихъ, пока они еще не перешли въ категорію бывшихъ людей, не опустились на „дно“ жизни. Эта тоска носитъ исключительно соціальный характеръ, и генезисъ ея надо искать въ соціальной жизни. М. Горькій даетъ мастерской психологическій анализъ этой тоски.

Люди тоскуютъ отъ „тѣсноты жизни“, оттого, что жизнь не даетъ простора душѣ,—не позволяетъ ей безпрепятственно и свободно отдаться „жизни вольнымъ впечатлѣніямъ“. Въ современномъ обществѣ отношенія между людьми изчезли и замѣнились отношеніями между вещами: человѣкъ выступаетъ по отношенію къ другому не какъ человѣкъ, а какъ участвующее въ производствѣ и обмѣнѣ лицо,—хозяинъ, приказчикъ, рабочій, покупатель, продавецъ. Для всякаго совершенно безразлично, кто стоитъ передъ нимъ, кто вступаетъ съ нимъ въ отношенія по производству и обмѣну товаровъ: человѣкъ для всякаго другого уже не человѣкъ, а только хозяйственная функція.

Сообразно съ этимъ, „всякій родъ человѣка долженъ имѣть свой порядокъ жизни“ и „дѣлать жизнь въ своемъ родѣ“. Поэтому всѣ не должны „ползать, какъ тараканы“, а крѣпко быть привязаны къ „своему порядку жизни“. Купецъ долженъ „дѣлать свое дѣло, а не лѣзть, куда не надо“: у него много денегъ, „онѣ любятъ, чтобы ихъ въ оборотъ пускали“, и ему волей-неволей приходится подчиняться ихъ „любви“. Мѣщанинъ—мелкій мастеръ, торговецъ,—долженъ исполнять свое дѣло и „торчать“ въ магазинѣ, мастерской. Рабочій

вынужденъ продавать свою рабочую силу и работать надъ созданіемъ того, что ему не нужно,—„чтобы не подохнуть съ голоду“.

Надъ всѣмъ этимъ царитъ самая безпощадная борьба всѣхъ противъ всѣхъ, „та же война“, конкурренціонная борьба,—полное осуществленіе принципа homo homini lupus, въ переводѣ на русскій языкъ героевъ М. Горькаго: „или всѣхъ грызи или лежи въ грязи“.

Въ этомъ „порядкѣ жизни“ и таится источникъ гнетущей членовъ общества тоски. Купечество и мѣщанство въ лицѣ наиболѣе чуткихъ своихъ представителей видитъ, что вся жизнь купцовъ подчинена интересамъ рубля: „не рубль тебѣ служитъ, а ты рублю“. Этотъ выводъ болѣзненно отражается на ихъ душевномъ состояніи, они начинаютъ чувствовать, что они лишены свободы, всецѣло подчинены „дѣлу“, которое заставляетъ ихъ поступать такъ, а не иначе. Они начинаютъ чувствовать себя въ положеніи „арестантовъ“, крѣпкой цѣпью прикованныхъ къ тюрьмѣ, гдѣ надъ ними распоряжается ихъ „дѣло“, ихъ капиталъ, гдѣ вся ихъ дѣятельность сводится къ тому только, чтобы „ходить, какъ въ шашкахъ, съ мѣста на мѣсто, пока не съѣдятъ, а не съѣдятъ—въ дамки“.

И вотъ начинается реакція свободной человѣческой души противъ „тѣсноты жизни“. „Я этакъ жить не могу, говоритъ Фома Гордѣевъ, воплощающій типичныя черты чуткихъ элементовъ купечества: точно гири на меня навѣшаны . . . ровно связанъ я весь“. Онъ проситъ крестнаго взять себѣ все его дѣло и пустить его „на всѣ четыре стороны“, а пока онъ не освободился—онъ начинаетъ заливать свою тоску кутежами и оргіями.

Илья Луневъ—типъ чуткихъ элементовъ мѣщанства, достигнувъ „чистой и свободной“ жизни владѣльца галантерейнаго магазина начинаетъ испытывать такую тоску, что рѣшается „бросить все и уйти, чтобы ходить“.

Но если наиболѣе чутко настроенные люди изъ классовъ собственниковъ бросаютъ все, лишь бы не быть „арестантами“ капитала, то и остальная масса далеко не чужда этой

соціальной тоски,—результата прикрѣпленія къ „порядку жизни“. Дикими оргіями заливаетъ эту тоску Игнатъ Гордѣевъ, надѣясь разорвать „тѣ цѣпи, которыя самъ на себя выковалъ и носитъ“ („Фома Гордѣевъ“), мельникъ Тихонъ Павловичъ надѣется „возобновиться“ кутежомъ, когда его душа вдругъ „улучила минуту и воспряла“ („Тоска“). Даже такія личности, какъ Маякинъ,—идеологъ современнаго экономическаго строя и горячій его защитникъ („Фома Гордѣевъ“) или совершенно сжившіеся со своимъ бытомъ мѣщане Безсѣменова („Мѣщане“) тоскуютъ и страдаютъ, хотя для нихъ тоска уже не столь остра и мучительна. Маякинъ только сидитъ, какъ пришибленный, когда Фома ставитъ предъ нимъ тотъ же проклятый вопросъ—„зачѣмъ живешь“?—а старики Безсѣменовы испытываютъ какую-то „скуку“, сами не отдавая себѣ отчета въ ея происхожденіи.

И на противоположномъ концѣ соціально-экономической лѣстницы среди людей, не имѣющихъ собственности и вынужденныхъ работать, чтобъ „не подохнуть съ голода“—та же тоска. Здѣсь душа человѣка еще менѣе свободна и вольна. Перспектива „подохнуть съ голоду“ гонитъ его къ труду съ безпощадностью, гораздо болѣе утонченной, чѣмъ плеть бурмистра или палка надзирателя за рабами. Этотъ стимулъ труда дѣлаетъ трудъ отвратительнымъ и невыносимымъ: говоря словами шулера Сатина, „когда трудъ—удовольствіе, жизнь—хороша, когда трудъ—обязанность, жизнь—рабство“ („На днѣ“). Человѣкъ, чувствуя себя рабомъ, безконечно тяготится своимъ положеніемъ. Онъ не видитъ никакой цѣли въ созданіи тѣхъ товаровъ, которые все равно не будутъ принадлежать ему. И вновь предъ нами встаетъ цѣлый рядъ рабовъ, тоскующихъ отъ своего рабства (сапожникъ Орловъ въ разсказѣ „Супруги Орловы“, булочникъ Коноваловъ въ разсказѣ „Коноваловъ“, Семка въ разсказѣ „Дѣло съ застежками“ и др.). И вновь непробудное пьянство оттого, что „въ душѣ судороги“ отъ „тѣсноты жизни“.

Мастерскими штрихами рисуетъ М. Горькій условія труда и жизни этого люда. Онъ вводитъ насъ въ сырую, каменную коробку,—подвалъ, куда не проникаетъ солнечнаго свѣта

сквозь забитыя желѣзныя окна, и гдѣ работаютъ двадцать шесть „живыхъ машинъ“, „арестантиковъ“, дѣлающихъ кренделі и сушки („Двадцать шесть и одна“). Оттуда мы попадаемъ въ подвалъ со сводчатымъ потолкомъ, съ окнами ниже земли, безъ свѣту, безъ воздуха, сырой, грязный, пыльный, промозглый,—въ которомъ работаетъ булочникъ Коноваловъ („Коноваловъ“) или въ темную подвальную комнату со сводчатымъ потолкомъ, со свѣтомъ, падающимъ изъ оконъ косыми лучами, гдѣ сыро, глухо и мертво, куда вмѣстѣ съ пылью залетаютъ лишь глухіе звуки отъ жизни, бьющейся гдѣ-то тамъ далеко наверху. Здѣсь „прежде смерти въ землю похороненъ“ сапожникъ Орловъ („Супруги Орловы“). Изъ подвальныхъ мастерскихъ художникъ переноситъ насъ на берегъ моря и заставляетъ смотрѣть на рваныхъ, потныхъ, отупѣвшихъ отъ усталости, шума и зноя людей, носящихъ на своихъ плечахъ тысячи пудовъ хлѣба на суда, заставляетъ чувствовать, какъ шумъ подавляетъ, пыль слѣпитъ глаза, зной печетъ тѣло и изнуряетъ его („Челкашъ“).

Условія труда и жизни этихъ людей такъ жестоки и ужасны, что деклассація тѣхъ, чью тоску и вино не можетъ залить,—является вполнѣ естественной и понятной. Промѣнявъ свою сырую, каменную яму, гдѣ они работаютъ, на вольный просторъ степей, морскихъ береговъ, рѣкъ, лѣсовъ и полей, промѣнявъ положеніе „трудящихъ-несчастныхъ лошадей“ на положеніе вольнаго босяка, они рѣшительно ничего не теряютъ, зато выигрываютъ свободу своей душѣ, истосковавшейся въ подневольномъ трудѣ, въ „арестантскомъ“ существованіи.

Весь этотъ процессъ деклассаціи отдѣльныхъ личностей осложняется и отягчается для группъ населенія, лишенныхъ собственности, еще и тѣмъ, что общественныя неравенства ставятъ ихъ даже не въ роли ушедшихъ изъ общества босяковъ, а еще во время состоянія въ средѣ общественнаго класса,—ставятъ ихъ въ положеніе людей, лишенныхъ гражданскихъ правъ. Представителю владѣющихъ классовъ неизмѣримо легче сжиться съ соціальными неравенствами, такъ какъ совершенно ясно, что „на комъ бархатъ и кумачъ—

тому и калачъ", но человѣкъ изъ неимущихъ классовъ еще ощутительнѣе чувствуетъ гнетъ и неволю общественныхъ условій, такъ какъ „у кого грудь голая—тому и брюхо полое", а „брюхо въ человѣкѣ", какъ говоритъ одинъ изъ героевъ М. Горькаго,—„главное дѣло, и какого хочешь урода найди—а безъ брюха не найдешь, дудки. А какъ брюхо покойно, значитъ, и душа жива; всякое дѣяніе человѣческое отъ брюха происходитъ" („Емельянъ Пиляй").

Соціальныя неравенства тяжелымъ бременемъ обрушиваются на человѣческую душу, такъ разгораживая общественные классы, участвующіе въ производствѣ, что около этихъ неравенствъ и противорѣчій классовыхъ интересовъ создаются у разныхъ общественныхъ группъ различные взгляды на мораль и право, взгляды столь же непримиримые, какъ непримиримо право кавказскаго или башкирскаго родового быта съ русскимъ моногамнымъ бракомъ.

III.

Цѣлый общественный классъ людей безъ собственности съ самаго дѣтства выростаетъ въ сознаніи, что для него на жизненномъ пиру не поставлено прибора, что общество его обдѣлило, и это сознаніе постепенно приводитъ его къ убѣжденію въ несправедливости „порядка жизни", „тѣснота" котораго даетъ себя знать ежеминутно, на каждомъ шагу.

Еще въ школѣ въ умѣ ребенка рѣзко отпечатывается эта глубокая несправедливость „порядка жизни", создающая несокрушимую стѣну между богатымъ и бѣднымъ. Ильѣ Луневу приходится наблюдать, что учитель только побранилъ сына лавочника Малафѣева за разбитое стекло, стекло же вставилъ на свой счетъ, а Ванька Ключаревъ за такую же вину былъ оставленъ безъ обѣда да еще выпоротъ отцомъ, съ котораго учитель потребовалъ сорокъ копѣекъ. Ильѣ кажется глубоко несправедливымъ это различное отношеніе къ совершенно одинаковымъ поступкамъ въ зависимости отъ соціальнаго положенія провинившихся („Трое").

Такую же науку соціальныхъ противорѣчій выноситъ изъ

училища Фома Гордѣевъ, которому тамъ съ перваго же раза объясняютъ, что „съ богатыхъ учитель не взыскиваетъ“, что богатымъ учиться незачѣмъ, а бѣднымъ надо учиться, чтобы тоже быть богатыми.

Однако и путь къ наукѣ прегражденъ бѣдному. Для того, чтобы итти по нему, нужны „во-первыхъ—деньги, во-вторыхъ деньги и, въ третьихъ, деньги“, которыхъ какъ разъ и нѣтъ у „бѣднаго объѣдона“. И послѣднему приходится на своей практикѣ убѣдиться, что если „бѣднымъ нужно много учиться, отъ этого они тоже богатыми станутъ“, то и этотъ путь къ выходу изъ ихъ соціальнаго положенія отрѣзанъ имъ соціальными противорѣчіями и неравенствами. Пропасть, отдѣляющая богатыхъ отъ бѣдныхъ, станетъ еще глубже и непроходимѣе, ощущеніе общественной несправедливости—еще острѣе.

„Ты учился въ гимназіи, значитъ, ты баринъ, хоть отецъ твой водовозъ?!“ негодуетъ Грачевъ. „Во-отъ! А я чѣмъ виноватъ, что въ гимназіи не былъ, а?“ вторитъ ему Луневъ. „Тебѣ наука, а мнѣ вотъ эта штука?“—показывая кукишъ Ильѣ, говорилъ Грачевъ, „нѣтъ, погоди!“ („Трое“). Всѣмъ этимъ обдѣленнымъ жизнью людямъ, какъ наборщику Гвоздеву, „горько и тошно бываетъ“, когда имъ приходитъ на умъ, что вся разница между ними и другими людьми, пробравшимися на верхи общества, только въ томъ, что они „не сидѣли въ гимназіи за книгами“ („Озорникъ“).

И вновь ихъ гнететъ несправедливость общественныхъ отношеній, съ которой они безсильны бороться, вновь тянетъ сбросить общественныя узы и уйти изъ-подъ власти этой непобѣдимой несправедливости, вновь въ ихъ душѣ разгорается ненависть ко всему гражданскому обществу. Они ясно видятъ, что они отдѣлены отъ имущихъ классовъ не только тѣмъ, что они ничего не имѣютъ, но что для тѣхъ и другихъ классовъ есть свое образованіе, своя особая наука, которая создаетъ совершенно различныя нравственныя физіономіи у того и другого класса. Они видятъ, наконецъ, что владѣющіе классы ограждены своей моралью и своимъ

правомъ, задача которыхъ „искоренить изъ жизни“ мятежную, непокорную вольность души непмущихъ.

Въ ихъ душѣ загорается рѣзкая, жгучая вражда и къ обществу, и къ его морали и праву. По отношенію къ обществу у нихъ нѣтъ ничего святаго. Оно лишило ихъ тѣхъ благъ жизни, которыя неизбѣжно предполагаютъ наличность собственности, и они, эти изгои гражданской жизни, tacito consensu объявляютъ „внѣ закона“ эту собственность. У нихъ нѣтъ собственности не по ихъ винѣ, а въ силу случайной комбинаціи общественныхъ противорѣчій, значитъ, и законы о собственности не для нихъ писаны. Имѣть уваженіе къ чужой собственности, говорятъ они, „только тогда нужно, когда есть своя... и нужно только потому, что она для всякаго другого—чужая“ („Проходимецъ“).

Собственникъ это врагъ—„сытый человѣкъ—звѣрь, и никогда онъ не жалѣетъ голоднаго“ („Дѣдъ Архипъ и Ленька“). A la guerre, comme à la guerre, значитъ, и его жалѣть нечего. И въ душѣ Ильи разростается принципъ—„насъ никто не жалѣетъ, ну, и намъ жалѣть никого не надо“, а у Емельяна Пиляя живутъ мечты о томъ, что не дурно укокошить человѣка съ большими деньгами „ради пріобрѣтенія шкурѣ своей всякаго аттрибуту“.

Безплодно было бы возражать на это, безплодно было бы говорить о „священномъ правѣ собственности“, о неприкосновенности человѣческой личности, здоровья и жизни. Безплодно потому, что жизнь учитъ иному, а воспитанье жизни сильнѣе всякихъ поученій и великихъ мироточивыхъ принциповъ. „Меня не жалѣютъ, отвѣтятъ на всѣ эти поученія: всякій, кому вѣтеръ бросаетъ меня подъ ноги,—пинаетъ меня въ сторону... и я полагаю, что коли меня—батогомъ, такъ я долженъ не челомъ, а тоже палкой“ („Проходимецъ“). Но еще чаще на всѣ эти рацеи отвѣтятъ до безпощадности просто: „У тэбэ галава, какъ дерево... Умирать будишь—красть будишь? Ну! А развэ это жизнь? Малчи!“ („Мой спутникъ“).

Въ самомъ дѣлѣ, вѣдь, „умирать будишь—красть будишь“, „чтобы не подохнуть съ голоду“,—такъ примѣнимы ли за-

коны о собственности къ тѣмъ, кто живетъ жизнью, обратившейся въ хроническое умираніе съ голода?

Между тѣмъ законъ охраняетъ собственность, около понятія собственности выростаетъ понятіе честности, совѣсти. Всѣмъ этимъ понятіямъ не мѣсто на днѣ жизни. На замѣчанье рабочаго Клеща „живутъ люди безъ чести, безъ совѣсти“, живущій „на днѣ“ воръ Пепелъ равнодушно говоритъ: „А куда онѣ—честь, совѣсть? На ноги, вмѣсто сапоговъ, не надѣнешь ни чести, ни совѣсти... Честь—совѣсть тѣмъ нужна, у кого власть да сила есть“... Когда онъ обращается къ вошедшему другому представителю дна жизни съ вопросомъ: „Бубновъ! У тебя совѣсть есть?“—тотъ категорически отвѣчаетъ: „На что совѣсть? Я—не богатый“...

Понятіе честности совершенно неумѣстно въ этой средѣ, даже по отношенію другъ къ другу. Обыгрывая крючника Асана въ карты, Баронъ передернулъ: на протестъ татарина, что „надо играть честна“, шулеръ Сатинъ спрашиваетъ: „это зачѣмъ же?“ „Какъ зачѣмъ? „возражаетъ Асанъ.—„А такъ... Зачѣмъ?“—„Ты не знаешь?“—„Не знаю. А ты знаешь?“ Татаринъ плюетъ озлобленный—всѣ хохочутъ надъ нимъ. А его товарищъ Кривой Зобъ благодушно поясняетъ: „чудакъ ты, Асанъ! ты—пойми! коли имъ честно жить начать, они въ три дня съ голоду издохнутъ“. („На днѣ“).

Мы видимъ, что въ обществѣ создается право, мораль, понятія чести и совѣсти, но только для тѣхъ, „у кого власть да сила есть“. Въ отношеніяхъ между ними все это примѣнимо. Но лишь только мы начинаемъ приближаться къ дну жизни, какъ намъ послышатся голоса: „зачѣмъ? это—для богатыхъ!“—тамъ не нужна ни честь, ни совѣсть, ни право, такъ какъ всѣмъ этимъ моральнымъ категоріямъ и институтамъ нечего защищать. У „голаго человѣка“ нѣтъ ничего, кромѣ потребностей, кромѣ „брюха“. „Брюхо“ не заполнишь честью, совѣстью, оно не нуждается въ охранѣ права, такъ какъ его владѣлецъ уже давно пришелъ къ выводу „хоть бы сдохнуть что ли поскорѣе“, а если онъ еще до того не дошелъ, то, „чтобы не сдохнуть“, онъ долженъ добыть себѣ нѣсколько грошей. Но гдѣ же онъ ихъ добудетъ

въ нашемъ индивидуалистическомъ обществѣ, гдѣ у гражданина нѣтъ „права на трудъ“? Невольно въ головѣ его совершается всесторонній процессъ разработки темы: „умирать будешь—красть будешь?“

Однако, разрабатывая эту тему и перенося ее на почву практической этики, онъ встрѣчаетъ право и законъ, препятствующіе ему красть, и такимъ образомъ, избавляться отъ смерти. Естественна его ненависть къ нимъ, — ненависть врожденнаго человѣку инстинкта самозащиты и самосохраненія.

IV.

Въ рѣзкой формѣ, оголенной отъ всякихъ идеалистическихъ покрововъ, эта ненависть и ея побудительная причина встрѣчается у „голаго человѣка“, съ котораго „все слиняло“. Но она существуетъ и проявляется и въ средѣ людей, съ которыхъ еще ничто не слиняло, но которые видятъ себя обдѣленными жизнью, „ограбленными до тла“ соціальнымъ антагонизмомъ.

Среди общественной „войны всѣхъ противъ всѣхъ“ побѣдителемъ является человѣкъ, лучше вооруженный, и мы видимъ, что неимущіе классы должны быть побѣждены, такъ какъ у нихъ нѣтъ „солдатиковъ“—денегъ и нѣтъ того оружія, которое дается знаніемъ, наукой, узурпированными въ пользу собственниковъ. Силы сторонъ въ борьбѣ весьма неравны, и понятна жалоба Павла Грачева на то, что „нашъ братъ—до тла ограбленъ“.

А между тѣмъ право охраняетъ и защищаетъ всегда интересы лучше обставленной въ экономическомъ отношеніи группы, интересы тѣхъ, кто крѣпокъ и силенъ экономически. Какъ же „ограбленнымъ до тла“ жизнью не относиться непріязненно къ праву? И ихъ отношеніе къ нему въ сущности таково же, какъ отношеніе людей, уже „ушедшихъ“ изъ жизни.

Жилецъ „дна“ шулеръ Сатинъ, смотря совершенно отрицательно на честь и совѣсть, презрительно относится и къ

закону. Для него „уложеніе о наказаніяхъ“ имѣетъ значеніе лишь, какъ „крѣпкій законъ“, который „нескоро износишь“. Рабочій Емельянъ Пиляй очень энергично выражаетъ свои взгляды на права: „Права! Вотъ они, права!—у моего носа красовался внушительный жилистый кулакъ Емельяна.—И всякъ человѣкъ только разнымъ способомъ всегда этимъ правомъ и руководствуется. Права тоже!“

Такія воззрѣнія какъ нельзя болѣе гармонируютъ съ вышеприведеннымъ уже озлобленнымъ отношеніемъ къ обществу—грабителю, къ обществу, несправедливо отнявшему у человѣка всѣ блага жизни, которыми пользуются другіе. „До тла ограбленные“ жизнью составляютъ нѣчто вродѣ status'a in statо.—Они состоятъ въ обществѣ и въ то же время являются его крайними отрицателями, его врагами. У нихъ свои особые законы практической этики, сводящіеся къ тому, что „истинный шекинахъ (т. е. святая святыхъ) есть человѣкъ“.

Общество заставило ихъ уйти и ходить, босячить, общество не дало имъ возможности пользоваться общественной жизнью, и вотъ создалась категорія людей, которая готова „всѣхъ людей передушить“, „раздробить всю землю въ пыль“, которая испытывала бы наслажденіе, „если бы земля вдругъ вспыхнула и сгорѣла или разорвалась бы вдребезги“.

Гражданское общество должно считаться съ этимъ соціальнымъ порожденіемъ, должно стать къ нему въ извѣстныя отношенія—тѣмъ болѣе, что чѣмъ острѣе дѣлаются классовыя противорѣчія, тѣмъ чаще встрѣчаются представители этихъ изгоевъ общественной жизни, тѣмъ больше становится дифференцированныхъ отъ жизни производителей, тѣмъ шире распространяется враждебное отношеніе къ праву, къ морали, къ порядку жизни.

Гражданское общество отвѣчаетъ на все это тѣмъ, что создаетъ законъ „крѣпкій, котораго скоро не износишь“, и старается обезопасить себя отъ подобныхъ людей такъ же, какъ отъ тѣхъ горцевъ, которые цѣлымъ родомъ отстаивали похищеніе жены однимъ изъ родичей и были изъяты изъ общества, какъ провинившіеся въ вооруженномъ сопротив-

ленiи властямъ. Но, какъ эти горцы—обдѣленные жизнью ея изгои считаютъ несправедливымъ судъ надъ ними, несправедливымъ уже потому, что ихъ судятъ ихъ исконные враги—собственники и чиновники, приставленные къ тому, чтобы примѣнять на практикѣ ненавистный имъ законъ.

Это чувство ярко обрисовано М. Горькимъ въ сценѣ суда надъ Вѣрой („Трое“). Илья, пришедшій въ судъ, былъ пораженъ, увидѣвъ „въ первомъ ряду малиновыхъ стульевъ“, на мѣстахъ для присяжныхъ „толстое, блестящее, точно лакомъ покрытое лицо Петрухи Филимонова“, трактирщика, разжившагося съ кражи, если не съ грабежа, мошенника, которому „мѣсто на каторгѣ“. Илья „смотрѣлъ въ лицо Петрухи, подавленный тяжелымъ недоумѣніемъ, не умѣя примириться съ тѣмъ, что Филимоновъ—судья“. А за Филимоновымъ, въ числѣ присяжныхъ, онъ увидалъ штукатура—подрядчика Силачева, пріятеля Филимонова, про котораго ему было извѣстно, что онъ однажды, поссорившись съ мастеромъ, столкнулъ его съ лѣсовъ, отчего мастеръ захворалъ и померъ, и жестокаго, скупого торговца Додонова, дважды „тихимъ манеромъ“ платившаго по гривеннику за рубль.

Разумѣется, увидѣвъ тутъ, въ числѣ лицъ, призванныхъ судить, людей, которыхъ „жуликами назвать мало“, Илья естественно приходитъ къ выводу о несправедливости правосудія: „Могутъ ли они справедливы быть, ежели... Разумѣетъ ли сытый голоднаго?... Пусть голодный—воръ, но и сытый—воръ... А судитъ Филимоновъ Петрушка... Правильно это, а?“

Илья не въ силахъ примириться съ тѣмъ, что „воръ“ судитъ, что Петрушка Филимоновъ—„хозяинъ жизни“, и въ его душу находятъ свободный доступъ слова его случайнаго сосѣда по судебной залѣ: „Вообще, такъ называемое правосудіе есть въ большинствѣ случаевъ легонькая комедія, комедійка. Сытые люди упражняются въ исправленіи порочныхъ наклонностей въ голодныхъ людяхъ... Въ судѣ бываю часто, но не видалъ, чтобы голодные сытаго судили... если же сытые сытаго и судятъ,—это они его за жадность. Дескать—не все хватай, намъ оставляй“...

Приговоръ присяжнымъ уже подписанъ въ душѣ Ильи. Но вмѣстѣ съ тѣмъ еще ненавистнѣе кажутся ему судьи коронные. Ему противенъ предсѣдатель Громовъ, голосъ котораго „гибкій и сочный“ „мягко подползалъ“ къ подсудимой: „въ неизмѣнно ласковомъ Громовѣ, за благодушіемъ судьи, онъ видѣлъ холодное сердце и понималъ, что этотъ веселый человѣкъ привыкъ судить людей, какъ столяръ привыкаетъ деревяшки строгать“.

Но особенно мучительно ощущается контрастъ вооруженныхъ силой и властью присяжныхъ и судей, пришедшихъ обезопасить общество отъ подсудимаго,—съ этимъ подсудимымъ. Красное лицо Петрухи, веселый Громовъ съ его „скользкими, масляными словами“ смотрѣли „спокойно-сытыми“ глазами на арестанта: „Это былъ высокій мужикъ, костлявый, съ угловатой головой. Лицо у него было темное, испуганное, онъ оскалилъ зубы, какъ усталая, забитая собака скалитъ ихъ, прижавшись въ уголъ, окруженная злыми врагами, не имѣя силы защищаться. Тупой, звѣриный страхъ выражало его темное лицо“. А прокуроръ „мягко и внушительно“ говорилъ: „Господа присяжные! Взгляните на лицо этого человѣка,—оно краснорѣчивѣе показаній свидѣтелей, безусловно установившихъ виновность подсудимаго... э-э... оно не можетъ... не убѣдить васъ въ томъ, что предъ вами стоитъ типичный преступникъ, врагъ законо-порядка, врагъ общества... предъ вами стоитъ“...

„Врагъ общества сидѣлъ, но, должно быть, ему неловко стало сидѣть, когда про него говорили, что онъ стоитъ,—онъ медленно поднялся на ноги, низко опустивъ голову. Его руки безсильно повисли вдоль туловища, и вся сѣрая, длинная фигура изогнулась, какъ бы приготовившись нырнуть въ пасть правосудія“. Смотря на все это, Илья тоже опускаетъ голову, ему становится „неловко, нехорошо“, въ головѣ его тяжело и медленно ворочались неуклюжія думы, онъ нѣсколько разъ порывается уйти изъ суда, уйти оттуда, гдѣ сытые судятъ голодныхъ.

Безъ словъ понятно, что̀ долженъ чувствовать голодный по отношенію къ суду, съ которымъ онъ говоритъ на раз-

ныхъ языкахъ, который его не разумѣетъ, какъ вообще не разумѣетъ сытый голоднаго, какъ не разумѣетъ русское право права горцевъ и башкиръ... Такъ укрѣпляется враждебное отношеніе къ суду, къ закону, къ праву со стороны тѣхъ, отъ кого стараются обезопасить общество.

Посмотримъ теперь, что дѣлается съ тѣмъ, кто подвергается процессу обезопасенія и со стороны подлежащихъ мѣстъ, облеченныхъ „силой и властью“, признанъ „врагомъ законо-порядка“.

V.

Для того, чтобы обезопасить общество отъ враговъ законопорядка, ихъ подвергаютъ заключенію въ особыхъ помѣщеніяхъ—тюрьмахъ. Въ сочиненіяхъ М. Горькаго не разъ, хотя и въ туманѣ, обрисовывается предъ нами зданіе тюрьмы съ заключенными въ немъ врагами законопорядка.

Въ „Мѣщанахъ“ вдова смотрителя тюрьмы такъ характеризуетъ тюремное населеніе: „Я никуда не ходила, никого не принимала и жила съ арестантами. Они меня любили, право... они вѣдь чудаки такіе, если разсмотрѣть ихъ поближе. *Удивительно милые и простые люди*, увѣряю васъ. Смотрю я на нихъ, бывало, и мнѣ кажется совершенно невѣроятнымъ, что вотъ этотъ—убійца, этотъ—ограбилъ, этотъ... еще что-нибудь сдѣлалъ. Спросишь иногда: ты убилъ? Убилъ, матушка Елена Николаевна, убилъ—*что подѣлаешь*? И мнѣ казалось, что онъ, этотъ убійца, взялъ на себя чужую вину... что онъ былъ *только камнемъ, который брошенъ чужой силой*... да. Я накупила имъ разныхъ книжекъ, дала въ каждую камеру шашки, карты... давала табакъ... и вино давала,—только понемногу... На прогулкахъ они играли въ мячъ, въ городки,—*совсѣмъ, какъ дѣти*, честное слово. Иногда я читала имъ смѣшныя книжки, а они слушали и хохотали... *какъ дѣти*. Я купила птичекъ, клѣтокъ, и въ каждой камерѣ была своя птичка... *они любили ее, какъ меня*. И знаете,—имъ ужасно нравилось, когда я надѣвала что-нибудь яркое,—красную кофточку, желтую... увѣряю васъ,—они очень любятъ веселые,

яркіе цвѣта. И я нарочно одѣвалась для нихъ какъ можно пестрѣе. (Вздохнувъ). *Славно было съ ними!* Я не замѣтила, какъ прошло три года, и когда мужа убила лошадь, я плакала не столько о немъ, кажется, *сколько о тюрьмѣ... Было жалко уходить изъ нея*"...

Мудрый тюремный администраторъ, даже юристъ, изсушившій умъ уставомъ о содержащихся подъ стражей и уложеніемъ о наказаніяхъ, придетъ, разумѣется, въ ужасъ, увидѣвъ, какъ въ нѣжныхъ рукахъ Елены тюрьма приняла такой видъ, что о ней можно стало плакать. Конечно, не такія тюрьмы уготованы для враговъ законопорядка, и Елена виновна въ цѣломъ рядѣ если не преступныхъ, то во всякомъ случаѣ запрещенныхъ и контрабандныхъ дѣяній. Дѣло впрочемъ не въ томъ. Я привелъ этотъ отрывокъ, чтобы показать, какое впечатлѣніе вынесъ свѣжій человѣкъ—Елена изъ сношеній съ тѣми, кто опасенъ для общества.

Они преступники, они попали въ тюрьму потому, что не челомъ, а палкой отвѣчали на батогъ, встрѣтившій ихъ въ обществѣ. Но посмотрите, какъ быстро исчезла эта палка, какъ только предъ ними появилась Елена съ ея безкорыстной любовью. Они стали для нея милыми и простыми людьми, дѣтьми, они любили ее, съ ними было славно. Они измѣнили своей палкѣ и отбросили ее, лишь только исчезъ батогъ, истязавшій ихъ на жизненной аренѣ. Стоитъ имъ выйти изъ тюрьмы, опять засвищетъ этотъ батогъ, и они опять будутъ отвѣчать на него ударами палки, только еще болѣе сильными, чѣмъ прежде, такъ какъ, сверхъ прочихъ чувствъ, ей будетъ управлять еще месть за лишеніе свободы... И вновь отъ нихъ нужно будетъ избавлять общество...

Такая тюрьма, въ которой могла приходить въ общеніе съ арестантами Елена, тюрьма, уже сходящая и даже почти сошедшая съ бытовой сцены, всецѣло обязана своей физіономіей личностямъ, но не установленіямъ. Пашка Грачевъ наивно заявляетъ, что наголодавшись, онъ „какъ въ тюрьму попалъ — обрадовался; сначала испугался, а ужъ потомъ радостно стало". Онъ даже выучился тамъ читать: „Я, братъ, къ господамъ прилипъ тамъ... И барыни были тоже... на-

стоящіе господа! На разныхъ языкахъ говорятъ и все знаютъ... Я имъ камеру убиралъ! Веселые, черти, даромъ, что арестанты... Самые настоящіе воры. Нѣкоторые жиды... Первый сортъ народъ!.. Они, братъ, ого-го, какіе! Грабили всѣхъ, какъ слѣдуетъ!.. Ну, ихъ поймали да въ Сибирь!.. Говорю имъ: „выучите меня“,—они и выучили... писать плохо, а читать, сколько хочешь, могу!“ („Трое“).

Мусорщикъ Тяпа тоже выучился читать въ тюрьмѣ: „Вотъ и Библію оттуда вынесъ. Барыня одна дала... Въ тюрьмѣ-то, братъ, хорошо... Вразумляетъ... Грамотѣ вотъ научился... книгу досталъ... Все—даромъ“.

Все это такъ, но все это благотворное вліяніе тюремныхъ распорядковъ—явленіе чисто-случайное, обязанное своимъ существованіемъ или Еленѣ, или „одной барынѣ“ или, наконецъ, „настоящимъ господамъ“, такъ или иначе, но опять-таки чисто-случайно приходящимъ въ соприкосновеніе съ тюремнымъ населеніемъ. Чиновникъ „въ приказахъ посѣдѣлый“ всегда будетъ энергично протестовать противъ подобныхъ проявленій тюремныхъ вліяній, которымъ онъ не найдетъ опоры въ буквѣ закона, устава, создающаго совершенно иную обстановку для изъятаго изъ жизни населенія.

Но для человѣка, изнемогшаго, какъ большинство враговъ законопорядка, въ борьбѣ съ послѣднимъ, тюрьма означаетъ нерѣдко пріостановку работы „палкой“ противъ „батога“, и свирѣпый врагъ законопорядка выступаетъ тамъ въ свѣтѣ совершенно иныхъ качествъ. И какой же горькой ироніей по адресу „порядка жизни“ звучитъ отношеніе къ тюрьмѣ, какъ къ школѣ, которая „вразумляетъ“, въ которой „хорошо“, далеко лучше, чѣмъ въ свободной жизни! Вѣдь, это—смертный приговоръ „порядку жизни“!

М. Горькій самъ наблюдалъ тюремную жизнь, и въ его разсказѣ „Зазубрина“ арестанты выступаютъ съ чертами людей, а не вооруженныхъ палкой враговъ законопорядка. Его впечатлѣнія въ этомъ отношеніи тождественны съ впечатлѣніями Елены. И у него при курьезныхъ выходкахъ тюремнаго увеселителя Зазубрины арестанты „хохочутъ, какъ дѣти“. Ихъ отношеніе къ котенку—любовно-ласковое. Другъ къ другу они относятся, какъ люди, а совсѣмъ не какъ звѣри.

Но Елена, хотя и живетъ въ тюрьмѣ, наблюдаетъ тюремную жизнь только со стороны. Она не привязана къ тюрьмѣ, не лишена свободы, и это сознаніе окрашиваетъ предъ нею въ радужный цвѣтъ многое, что показалось бы сѣрымъ и угрюмымъ, если бы „дни и ночи часовые стерегли ея окно“. М. Горькій самъ подвергнутъ лишенію свободы, и потому его чувства ближе, родственнѣе чувствамъ другого тюремнаго населенія. Онъ видитъ, что это населеніе „сѣро и угрюмо“, что его жизнь—„тусклая и скучная“ жизнь. Все кругомъ окрашено въ „скучный, сѣрый тонъ“, „наводившій тоску и уныніе“. Таковы чувства, которыя вызываетъ въ человѣкѣ тюрьма, связавшая его свободу, и которыя грызутъ его душу всегда, пока они не растаютъ при появленіи въ тюрьмѣ такого солнечнаго луча, какъ Елена, и не уступятъ мѣста своего рода lucida intervalla.

Особенно омрачающимъ образомъ дѣйствуетъ на человѣка тюрьма въ формѣ системы одиночнаго заключенія. Съ отсутствіемъ впечатлѣній, присущимъ этой системѣ, положительно не мирится живая человѣческая душа. „Когда сидишь въ тюрьмѣ, говоритъ про одиночную камеру М. Горькій,—даже жизнь грибковъ на ея стѣнахъ кажется интересной“ („Зазубрина“). „Это очень тяжело и мучительно, подмѣчаетъ онъ въ другомъ мѣстѣ, когда человѣкъ живетъ, а вокругъ него ничто не измѣняется, и если это не убьетъ на смерть души его, то, чѣмъ дольше онъ живетъ, тѣмъ мучительнѣе ему неподвижность окружающаго“. Объ исправленіи преступной души здѣсь не можетъ быть и рѣчи. Тяжелая и мучительная система не приведетъ мятежную душу въ согласіе съ законопорядкомъ, не примиритъ ее съ нимъ: она или убьетъ ее на смерть или на смерть измучитъ и, естественно, сдѣлаетъ человѣка болѣе воспріимчивымъ ко всякаго рода противорѣчіямъ общественной жизни.

Поэтому смѣло можно сказать, что тюрьма еще не исправила ни одного врага законопорядка, но многимъ людямъ помогла деклассироваться и еще большему числу загородила дорогу къ общественной жизни. „Тюрьма добру не научитъ, говоритъ странникъ Лука, и Сибирь не научитъ... а человѣкъ научитъ... да!“ (На днѣ“).

Предъ нами—живая иллюстрація этого тезиса—шулеръ Сатинъ, которому уже не подняться со дна жизни. Онъ самъ говоритъ, что „молодой—онъ занятенъ былъ... рубаха—парень... плясалъ великолѣпно, игралъ на сценѣ, любилъ смѣшить людей... славно! „А теперь онъ—шулеръ, отрицающій и честность и совѣсть. Какъ же онъ свихнулся со стези своей?—на этотъ вопросъ онъ до ужаса просто отвѣчаетъ: „Тюрьма, дѣдъ! Я четыре года семь мѣсяцевъ въ тюрьмѣ отсидѣлъ... а послѣ тюрьмы—нѣтъ ходу!.. Въ тюрьмѣ я и въ карты играть научился". А другой шулеръ—Баронъ? Вѣдь, и онъ надѣлъ лохмотный мундиръ „дна" послѣ того, какъ снялъ арестантскій халатъ. Очевидно, и ему „не было ходу" послѣ тюрьмы.

Мы видимъ, что соціальныя противорѣчія, экономическое неравенство приводятъ къ деклассаціи населенія и создаютъ идею и чувство „вражды къ законопорядку". За эту вражду людей ждетъ тюрьма, такъ какъ ихъ надо или исправить въ желательномъ для общества смыслѣ или обезопасить отъ нихъ общество. Но тюрьма только легализируетъ, закрѣпляетъ, упрочняетъ деклассацію и обостряетъ вражду къ законопорядку, лишая человѣка всѣхъ путей къ общественной жизни. Пропасть между обществомъ и его „изгоями" станетъ все глубже, толпа „изгоевъ"—все больше... Борьба съ ними становится работой Данаидъ...

VI.

Законъ прилагаетъ всѣ усилія, чтобы обезопасить общество отъ вредныхъ для него элементовъ, отъ враговъ законопорядка. Этотъ законъ приводится въ движеніе и проводится на практикѣ цѣлой арміей юристовъ, обязанность которыхъ—разслѣдовать нарушенія законопорядка, обвинять, судить, наказывать его враговъ. Къ этимъ юристамъ мнѣ и хотѣлось бы направить эту статью.

Они обвиняютъ, судятъ, требуютъ наказанія, творя волю пославшаго ихъ закона, созданнаго правительственнымъ цент-

ромъ. Въ этомъ состоитъ ихъ обязанность, какъ членовъ магистратуры, какъ чиновниковъ. Но, вѣдь, у нихъ помимо этихъ обязанностей, есть еще обязанности людей, членовъ общества, и мнѣ тяжело констатировать, что въ громадномъ большинствѣ случаевъ они забываютъ эти послѣднія въ ущербъ первымъ, „за благодушіемъ судьи таятъ холодное сердце и привыкли судить людей, какъ столяръ привыкъ деревяшки строгать".

Кто знаетъ, быть можетъ, предъ ними на скамьѣ подсудимыхъ окажется честный крючникъ Асанъ, который все время проповѣдывалъ „честность", ,,совѣсть", ,,законъ", говоря: ,,кто законъ душа имѣетъ,—хорошъ! кто законъ терялъ—пропалъ! ,,Но на работѣ ему перешибло руку, и ему волей-неволей приходится или умирать съ голоду или руководиться принципомъ: ,,умирать будишь—красть будишь", такъ какъ для всякаго понятна роковая справедливость словъ его товарища: ,,Ямань твое дѣло, Асанка! Безъ руки ты *никуда не годишься!* Нашъ братъ по рукамъ да по спинѣ цѣнится... Нѣтъ руки—и человѣка нѣтъ! Табакъ твое дѣло!" (,,На днѣ").

Не по своей винѣ, а въ силу соціальныхъ условій, Асанъ былъ крючникомъ, не по своей винѣ онъ лишился руки. Соціальныя условія, отъ его воли независящія, поставили его лицомъ къ лицу съ положеніемъ, что онъ ,,никуда не годится". Точно ,,жулика въ полицію"—жизнь ведетъ его на путь незаконнаго стяжанія, чтобы не ,,подохнуть съ голоду". Законные пути стяжанія для него закрыты... Мы, общество, ничѣмъ ему не помогли. Мы только судимъ и наказываемъ: на это у насъ есть ,,сила и власть", а на помощь Асанамъ, на серьезную помощь, не изъ оперы акробатства благотворительности, у насъ нѣтъ ни силы, ни власти, да во многихъ случаяхъ—и простой охоты...

Помогли ли мы Пеплу не сдѣлаться воромъ, не дойти до того состоянія, которое диктуетъ ему слова: ,,нѣтъ, ужъ я погожу, когда меня пошлютъ въ Сибирь эту на казенный счетъ". ,,Мой путь, говоритъ Пепелъ, обозначенъ мнѣ! Родитель всю жизнь въ тюрьмахъ сидѣлъ и мнѣ тоже заказалъ...

Я когда маленькій былъ, такъ ужъ въ ту пору меня звали воръ, воровъ сынъ... Я съ измальства воръ... всѣ всегда говорили мнѣ: воръ Васька, воровъ сынъ Васька! Ага? Такъ? Ну—нате! Вотъ—я воръ!“ („На днѣ“).

Мы не стали Пеплу поперекъ той дороги, которая „обозначена“ ему. Это мы кричали ему: „воръ, воровъ сынъ!“ и такъ съ дѣтскихъ лѣтъ внушали ему „порядокъ поступковъ“. Этимъ мы съ дѣтскихъ лѣтъ готовили его къ скамьѣ подсудимыхъ. И вотъ теперь мы судимъ его по всей строгости законовъ, мы его подстрекатели, идеальные виновники его преступленій...

Предъ нами мучился и бился, какъ рыба объ ледъ, покорный слуга законопорядка слесарь Клещь. Онъ былъ нашихъ взглядовъ на враговъ законопорядка. Для него они были „рвань, золотая рота“. „Я рабочій человѣкъ, говорилъ онъ: мнѣ глядѣть на нихъ стыдно... я съ малыхъ лѣтъ работаю“. Онъ думалъ, что ему „не о чемъ съ ними говорить“, разъ они „живутъ безъ чести, безъ совѣсти“. Все это было въ нашемъ гражданскомъ обществѣ, на нашихъ глазахъ. Но мы же, члены общества, во время безысходной нужды, купили у него, на точномъ основаніи законовъ о куплѣ-продажѣ,—его единственное достояніе, его рабочіе инструменты, и вотъ онъ думаетъ, что̀ ему дѣлать безъ инструментовъ. Онъ „стыдъ имѣетъ передъ людьми“, онъ хотѣлъ бы работать, но у него нѣтъ инструментовъ, нѣтъ пристанища, нѣтъ права на трудъ. Мы, общество, ему не помогли. „Одинъ человѣкъ, говоритъ онъ, одинъ, весь тутъ... Помощи нѣтъ“. И въ его душѣ начинается „переоцѣнка всѣхъ цѣнностей“. „Работы нѣтъ, кричитъ онъ, силы нѣтъ! Вотъ—правда! Пристанища... пристанища нѣту! Издыхать надо... вотъ она, правда! Дьяволъ! На... на что мнѣ она—правда? Дай вздохнуть... вздохнуть дай! Чѣмъ я виноватъ? На что мнѣ правду? Жить—дьяволъ—жить нельзя... вотъ она, правда!“ („На днѣ“).

Мы, какъ самые идеальные изъ попустителей, наблюдали эту драму Клеща, но не сдѣлали ничего для него. Мы дождались, что онъ громко заявилъ, что „ненавидитъ всѣхъ и

эту правду... будь она, окаянная проклята! „Мы спокойно допустили его проклясть правду, спокойно отнеслись къ тому, что онъ пошелъ къ тѣмъ, кого не считалъ даже людьми, къ этимъ врагамъ законопорядка. „Вездѣ люди, услышали мы отъ него: сначала не видишь этого... потомъ—поглядишь, окажется, всѣ люди... ничего!“ Вотъ тогда-то мы, попустители, гостепріимно растворили ему и ворота тюрьмы и дверцы скамьи подсудимыхъ, и мы же начали его судить.

А развѣ не мы, такъ строго блюдущіе неприкосновенность общественныхъ перегородокъ и имущественныхъ неравенствъ,—развѣ не мы всѣми силами содѣйствовали тому, чтобы Емельянъ Пиляй сталъ убійцей. „Какая моя жизнь?—долженъ былъ онъ сказать себѣ: Собачья жизнь! Нѣтъ ни конуры, ни куска,—хуже собачьей! Человѣкъ я развѣ? Нѣтъ, братъ, не человѣкъ, а хуже червя и звѣря! А ежели я знаю, что люди могутъ хорошо жить, то почему же мнѣ не жить? Э? Чортъ васъ возьми, дьяволы!“

Не Емельянъ причина того, что одни могутъ хорошо жить, а онъ не можетъ. Виной тому неподчиненныя ему общественныя условія, защищаемыя нами. Они нагоняютъ на него тяжелую соціальную тоску, запой, во время котораго онъ пропиваетъ хозяйскія деньги. Мы его судимъ за наши же грѣхи: вѣдь, мы представители карательной власти общества, а общество, общественныя условія усадили его на скамью подсудимыхъ. За грѣхъ нашего общества онъ отсиживаетъ въ тюрьмѣ, и предъ нимъ неизбѣжная деклассація. „Вышелъ, отсидѣвъ срокъ, куда теперь? Въ городѣ знаютъ, въ другой перебраться не съ чѣмъ и не въ чемъ“. И мы, защитники того порядка, который „до тла ограбилъ“ Емельяна и вынудилъ его попасть въ тюрьму, теперь, по выходѣ изъ нея, бѣжимъ отъ него, какъ отъ зачумленнаго. Куда же ему итти?

Но у насъ, въ обществѣ, достаточно мелкихъ собственниковъ, этихъ кровныхъ друзей законопорядка. И Емельянъ идетъ къ „темному человѣчку, который кабакъ держалъ“. „Малый—хорошей души, честнѣющій на диво и съ умной головой“. Этотъ человѣчекъ „изъ общества“ даетъ Емельяну

совѣтъ убить купца. Совѣтъ находитъ хорошую почву въ душѣ Емельяна, отвергнутаго обществомъ, Емельяна, который стоитъ предъ перспективой „подохнуть съ голоду“. Онъ уже залегъ со шкворнемъ подъ мостъ, но „намѣренія своего не выполнилъ по независящимъ отъ него обстоятельствамъ“ и только потому на этотъ разъ избѣгъ нашего строгаго суда. Мы, конечно, произнесли бы этотъ судъ и ужъ во всякомъ случаѣ не повѣрили бы его словамъ: „Ты, можетъ, думаешь, что человѣкъ въ себѣ воленъ? Дудки, братокъ! Разскажи-ка мнѣ, что ты завтра сдѣлаешь? Ерунда! никакъ ты не можешь сказать, направо или налѣво пойдешь завтра! Н-да!“... („Емельянъ Пиляй“).

Осудили бы мы и Наташу, доведенную до желанія „хоть бы сдохнуть что ли“, съ голоду взломавшую ларь и взявшую каравай хлѣба („Однажды осенью“), и дѣда Архипа, который крадетъ не для себя, а для того, чтобы его маленькаго, безпомощнаго внука Леньку не „забили“, не „проглотили сразу“, какъ глотаютъ сытые звѣри голоднаго, хилаго ребеночка („Дѣдъ Архипъ и Ленька“), и „дружковъ“, которые занимаются всѣми доступными имъ занятіями, „не позволявшими имъ умереть съ голоду, но очень рѣдко дававшими возможность наслаждаться чувствомъ сытости, пріятнымъ чувствомъ полноты желудка и горячей работой его надъ проглоченной пищей“, но которые принуждены всетаки „красть, чтобы поѣсть“ („Дружки“). И ужъ безспорно былъ бы осужденъ „проходимецъ“ Промтовъ,—вѣдь, онъ и милостыню вымогалъ, и мошенничалъ, и подлоги учинялъ, и распускалъ опасные слухи,—а между тѣмъ этотъ Промтовъ прежде всего голодный человѣкъ. Ему „случалось не есть по двое сутокъ сряду. И вотъ, говоритъ онъ, когда желудокъ начнетъ ѣсть самъ себя, когда чувствуешь, какъ сохнутъ, умирая отъ голода, твои внутренности,—тогда готовъ за кусокъ хлѣба убить человѣка, ребенка . . . на все готовъ“.

Конечно, не Промтовъ виноватъ, что у него есть желудокъ, точно также не онъ виноватъ и въ томъ, что у него нечѣмъ заполнить этотъ желудокъ. Не будущими ли своими судьями поставленъ онъ въ то положеніе, изъ котораго вы-

ходъ только черезъ преступленіе? Не они ли изъ-за пустяка удалили его изъ столицы, обратили въ административно-высланнаго, которому запрещены всѣ закономъ дозволенныя занятія, и такимъ путемъ оставили безъ всякой помощи лицомъ къ лицу съ альтернативой—голодная смерть или преступленье?...

Мы, юристы, охраняющіе своимъ обвиненьемъ, судомъ, наказаньемъ „порядокъ жизни“, ничего не дѣлаемъ для того, чтобы люди не ставили въ неизбѣжную необходимость совершать преступленія, къ которымъ ихъ принуждаетъ тотъ же самый „порядокъ жизни“. Не таилъ бы онъ въ себѣ общественныхъ противорѣчій,—сытости и голода, богатства я нищеты,—судьямъ незачѣмъ было бы наполнять тюрьмы тѣми, кого они, какъ представители порядка жизни, сами подстрекнули къ преступленью. Осуждая этихъ враговъ законопорядка, этихъ жалкихъ дѣдовъ Архиповъ, Наташъ, дружковъ, Асановъ,—они жестоко осуждаютъ тѣ условія, которыя ведутъ на путь преступленья, и за несовершенства общественныхъ условій расплачиваются, отрывая десятки, сотни тысячъ живыхъ кусковъ отъ соціальнаго организма.

Что же дѣлать?—скажутъ мнѣ: не судить? не карать? объявить свободную войну всѣхъ противъ всѣхъ? Мнѣ не хуже авторовъ такихъ возраженій извѣстно, что это—не выходъ, не рѣшеніе соціальной проблемы. Но я глубоко убѣжденъ, что только малодушіе не позволяетъ юристамъ поставить прямо вопросъ этой проблемы и взять ее за руководство въ своей дѣятельности. Сознаться, что она—вѣрна, что въ ней причина громаднаго большинства современныхъ преступленій и отдать свои силы на ея разрѣшеніе, въ какой бы формѣ это ни было. Не понимать, что причина преступности здѣсь—нельзя, до того это очевидно. Понимать и не бороться противъ этой причины, равнодушно мириться съ нею,—значитъ, совершать малодушное трусливое преступленіе и противъ общественнаго блага, и противъ своей совѣсти, совершать преступленіе ради своихъ „шкурныхъ“ интересовъ, ради . . . тридцати сребренниковъ...

Однако среди юристовъ, особенно теоретиковъ, не мало

такихъ знатоковъ существующихъ правоотношеній, что съ трудомъ можно допустить, чтобы они не замѣчали ихъ яв-наго антагонизма, а съ другой стороны, столько „честныхъ, благородныхъ, сильныхъ любящей душой“, что трудно до-пустить власть шкурныхъ интересовъ въ вопросахъ ихъ лич-ной нравственности. И однако они—на сторонѣ каръ по отношенію къ врагамъ законопорядка. Чѣмъ же это объ-ясняется? Объясненіе уже дано однимъ изъ лучшихъ знато-ковъ гражданскаго права профессоромъ Антономъ Менгеромъ, бывшимъ ректоромъ вѣнскаго университета: „Причина этого явленія, несомнѣнно, лежитъ въ томъ, что юристы всѣхъ странъ, по своему образованію и своимъ интересамъ, склонны смотрѣть на себя, исключительно какъ на слугъ и предста-вителей владѣющихъ. Какъ велико и славно участіе, которое принимали въ изслѣдованіи и ограниченіи человѣческой ни-щеты врачи и экономисты! Между юристами-теоретиками я сумѣлъ бы назвать лишь немногихъ, слѣдовавшихъ подобному направленію. Въ подавляющемъ большинствѣ они выступаютъ въ шайкѣ богатыхъ и сильныхъ и защищаютъ дѣйствитель-ные интересы владѣющихъ и господствующихъ съ такимъ же рвеніемъ, какъ свою глупость и свою заносчивость“ [1]).

Неужели же вся эта армія юристовъ „ликующихъ, праздно-болтающихъ, обагряющихъ руки въ крови“, не страшится даже того, что „прахъ ихъ съ гордостью судьи и граждa-нина потомокъ оскорбитъ презрительнымъ стихомъ“, когда „къ столбу роковому позора“ поставятъ „не тирановъ однихъ“,

Но также и васъ, малодушные братья,
Которые мимо распятыхъ идутъ—
И громкаго, страстнаго слова проклятья
Насилью въ лицо не швырнутъ!...

Хотѣлось бы вѣрить, что все больше и больше будетъ уменьшаться орда равнодушно идущихъ мимо „распятыхъ“, мимо тѣхъ, кого сама жизнь властно ведетъ на скамью под-судимыхъ и въ тюрьму, которыя въ наше время служатъ

---

[1]) Prof. A. Menger. Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen.

исключительно цѣлямъ деклассаціи, не могутъ служить ничему другому и, по справедливому выраженію Д. А. Дриля, занимаются „фабрикаціей преступниковъ для общества“. Неужели же мы, юристы, настолько слѣпы, что не видимъ полной безплодности нашихъ „обязанностей“, вырождающихся въ должность вродѣ „главнаго хранителя корабельныхъ лѣсовъ“, который при отсутствіи послѣднихъ, цѣль своей дѣятельности ограничивалъ аккуратнымъ полученіемъ жалованья? Но вѣдь, ему приходилось имѣть дѣло съ лѣсомъ, съ дубомъ, который не страдалъ отъ недостатка охраны, а предъ нами бьются въ судорогахъ живыя человѣческія души...

В. Трапезниковъ.

ТЕОРІИ САМОУПРАВЛЕНІЯ ВЪ СОВРЕМЕННОЙ НАУКѢ.

I.

Вопросъ о сущности понятія самоуправленія, о его юридической природѣ, не смотря на обширную разработку его въ научной литературѣ, особенно германской [1]), до сихъ поръ не получилъ сколько нибудь единообразнаго рѣшенія. Оставляя въ сторонѣ менѣе значительныя различія, неизбѣжно вносимыя каждымъ отдѣльнымъ изслѣдователемъ, въ литературѣ послѣднихъ 20 лѣтъ можно ясно замѣтить два основныхъ теченія, въ зависимости отъ двухъ противоположныхъ методовъ, получающихъ примѣненіе при изученіи институтовъ публичнаго права. Съ одной стороны, мы видимъ приверженцевъ цивилистическаго метода, стремящихся отвлечь изучаемое явленіе отъ окружающей его жизненной обстановки, отъ тѣхъ историческихъ и политическихъ моментовъ, которыми обусловливается его существованіе, и затѣмъ изучая его въ абстракціи, подыскать аналогичное ему въ области

---

[1]) Изъ спеціально посвященныхъ этому вопросу монографическихъ изслѣдованій отмѣтимъ особ. Rosin. „Souverainität, Staat, Gemeinde, Selbstverwaltung Hirts Annalen d. deutshen Reichs 1883 O. Glüth. „Die Lehre von der Selbstverwaltung“ 1887 г. E. Neukamp. Der Begriff der Selbstverwaltung im Rechtssine“. Archiv fur öffentliches Recht, т. IV, 1889 г. Blodig „Die Selbstverwaltung als Rechtsbegriff“. 1894. I. Hatschek. „Die Selbstverwaltung in ihrer politischer und juristischser Bedeutung“ Staats und Wölkerrechtliche Abhandlungen 1898 г. Въ нашей литературѣ ему посвящена весьма обстоятельная статья Н. И. Лазаревскаго въ сборникѣ „ Мелкая земская единица“. СПБ. 1902 г. Тамъ же и указанія на дальнѣйшую литературу.

частнаго и особенно римскаго права. Исключительное господство этого метода въ изученіи публичнаго права, наблюдаемое особенно въ германской наукѣ въ послѣднія 20 лѣтъ, нельзя, однако, признать заслуживающимъ сочувствія. Не говоря уже о нѣкоторой безжизненности конструкцій этого рода, выводимыхъ чисто дедуктивнымъ путемъ, самое изученіе публичнаго права оказывается при этомъ какъ бы не вполнѣ самостоятельнымъ. Правда, наука частнаго права болѣе разработана, методы ея болѣе прочно установлены. Этому содѣйствовала и меньшая зависимость частнаго права отъ частыхъ колебаній внутренней политики, и обильное наслѣдіе Рима. Но это отнюдь не означаетъ, что младшая сестра—наука публичнаго права должна быть на помочахъ у старшей, что всѣ институты публичнаго права слѣдуетъ подводить подъ категоріи частнаго права, хотя бы эти категоріи являлись для нихъ настоящимъ Прокустовымъ ложемъ. Всѣ эти соображенія побуждаютъ насъ искать правильнаго рѣшенія вопроса о юридической природѣ самоуправленія у представителей другого лагеря, широко пользовавшихся для обоснованія своихъ выводовъ методами сравнительнымъ и историко-политическимъ. Для пониманія существа изучаемаго института публичнаго права безусловно необходимо предварительное выясненіе исторіи его возникновенія и развитія, сопоставленіе между собой аналогичныхъ институтовъ различныхъ государствъ, наконецъ, уясненіе ихъ политическаго смысла, тѣхъ цѣлей, которыя преслѣдовались законодательствомъ при созданіи института, и какія вообще могутъ быть достигнуты при его помощи.

Чтобы не быть голословнымъ, обратимся, однако, къ разсмотрѣнію по существу тѣхъ выводовъ, къ которымъ пришли представители обоихъ методовъ въ вопросѣ о сущности самоуправленія, о его юридической природѣ. Въ виду почти исключительнаго господства представителей юридическаго, или точнѣе цивилистическаго метода, мы начнемъ нашъ разборъ именно съ нихъ. По мнѣнію Лабанда, справедливо признаваемаго главою этого направленія въ современной юридической наукѣ, понятіе самоуправленія находитъ себѣ примѣ-

неніе вездѣ, гдѣ высшая власть, не осуществляя непосредственно принадлежащихъ ей правъ властвованія черезъ своихъ органовъ, ограничивается тѣмъ, что устанавливаетъ нормы для осуществленія этихъ правъ и наблюдаетъ за нимъ, самое же осуществленіе предоставляетъ подчиненнымъ ему политическимъ союзамъ [1]). Такое пониманіе самоуправленія, въ которомъ вовсе не находитъ мѣста признакъ той или иной его организаціи, и все построеніе ограничивается противоположеніемъ понятій verwalten и verwaltet werden, разумѣется, менѣе даетъ поводовъ къ возраженіямъ, чѣмъ всякое другое, имѣющее основу въ положительномъ правѣ. Но за то такое пониманіе, основанное исключительно на словотолкованіи, весьма мало уясняетъ сущность разсматриваемаго института. Въ старое время на Руси государственная власть не осуществляла весьма многихъ своихъ функцій, ограничиваясь въ этомъ отношеніи наблюденіемъ за осуществленіемъ ихъ помѣщиками, и устанавливая лишь общія нормы, до какихъ предѣловъ, напр., могутъ простираться „мѣры домашняго исправленія“. Если моменту организаціи союзовъ не придавать рѣшающаго значенія, какъ это предлагаетъ Лабандъ, а обращать вниманіе лишь на признаніе со стороны суверреннаго союза (государства) субъективнаго права на пользованіе властью за несуверреннымъ, то нѣтъ ни малѣйшаго основанія не признавать этихъ помѣщиковъ органами самоуправленія. Другой вопросъ, насколько самое понятіе самоуправленія выиграетъ въ ясности отъ такого расширенія.

Наличность субъективнаго права на самоуправленіе у союзовъ, признаннаго государствомъ и обезпеченнаго административнымъ искомъ, приводитъ къ конструкціи, въ которой самоуправляющіеся союзы являются юридическими лицами публичнаго права. Какъ справедливо замѣтилъ по этому поводу г. Лазаревскій [2]), понятіе юридическаго лица недостаточно твердо установлено еще и въ наукѣ частнаго права

---

[1]) P. Laband. Das Staatsrecht des deutschen Reichs, изд. 4, стр. 97, примѣчаніе.

[2]) Сборникъ „Мелкая земская единица“, стр. 20.

чтобы отъ перенесенія его въ область публичнаго права можно было ожидать особой пользы. Самоуправляющіеся союзы, прибавимъ съ своей стороны, поскольку они являются субъектами имущественныхъ правъ, суть такія же юридическія лица, какъ государственныя установленія, и частныя общества. Но это отнюдь не уясняетъ понятія самоуправленія.

Не смотря на указанные дефекты конструкціи Лабанда, въ литературѣ она была принята очень сочувственно.

Дальнѣйшимъ развитіемъ основной идеи Лабанда является указанная нами спеціальная работа Розина—„Souveränetät, Staat, Gemeinde, Selbstverwaltung“. Розинъ, слѣдуя основному методу Лабанда, прежде всего чисто дедуктивнымъ путемъ выясняетъ понятіе управленія. Управленіе, говоритъ онъ, есть всякая дѣятельность, направленная къ достиженію опредѣленной цѣли опредѣленными средствами. Понятіе это становится публично-правовымъ, когда субъектомъ его является юридическое лицо публичнаго права—государство, община, корпорація. И вотъ здѣсь прежде всего является различіе между суверенными политическими общеніями и несуверенными. Въ то время какъ первыя имѣютъ самостоятельное, непроизводное право развивать свою дѣятельность по своему усмотрѣнію, право вторыхъ зависитъ отъ признанія его за ними со стороны высшаго, суверенаго союза. Поскольку это право за ними признано, они являются субъектами самоуправленія, Selbstverwaltungskörper. Сущность самоуправленія и заключается въ признаніи несуверенаго политическаго общенія со стороны суверенаго, als verwaltende Rechtspersönlichkeit, als Selbstverwaltungskörper. Такое опредѣленіе x черезъ x, образцовое definitio idem per idem, помимо его излишняго формализма противорѣчитъ и обычному словоупотребленію, ибо такимъ образомъ всѣ несуверенныя политическія общенія, какъ напримѣръ государства, входящія въ составъ Германской Имперіи, приравниваются къ самоуправляющимся союзамъ. Еще большія сомнѣнія возбуждаетъ непремѣнное требованіе признанія самоуправляющагося союза, какъ такового, со стороны суверенаго политическаго общенія. Въ какомъ положеніи оказываются, благодаря этому требованію, настоящіе

самоуправляющіеся союзы, община, Kreis, провинція, находящіеся внутри отдѣльныхъ государствъ, входящихъ въ составъ Германской Имперіи и признанныхъ только этими государствами, т. е. именно несуверенными политическими общеніями? Очевидно, однако, что сознаніе безжизненности усвоеннаго имъ метода не чуждо было и Розину. Чтобы не оставить читателей въ полномъ невѣдѣніи относительно того, что же такое представляетъ изъ себя самоуправленіе въ дѣйствительной жизни, онъ кромѣ указаннаго юридическаго понятія самоуправленія предлагаетъ другое—политическое. Въ политическомъ смыслѣ подъ самоуправленіемъ слѣдуетъ понимать такую организацію управленія, при которой получаетъ выраженіе общественный элементъ. Такъ понимаемое самоуправленіе есть форма участія гражданъ въ управленіи. Вмѣсто одного понятія получается, такимъ образомъ, два: Körperschaftliche и bürgerliche Selbstwerwaltung. Едва ли, однако, такая двойственность является сама по себѣ необходимой, а не свидѣтельствуетъ лишь объ односторонности принятаго метода, благодаря которой и второе опредѣленіе bürgerliche Selbstverwaltung явилось какъ бы извнѣ, и не получило надлежащаго обоснованія.

Соображенія, высказанныя здѣсь по поводу той постановки, которую получила конструкція самоуправленія въ трудахъ Лабанда и Розина, примѣнимы и къ прочимъ представителямъ теоріи самоуправляющихся союзовъ, какъ юридическихъ лицъ публичнаго права. Исходнымъ пунктомъ для нихъ является не положительное право, а тѣ или иныя чисто теоретическія соображенія. O. Glüth, напримѣръ, задавшійся цѣлью представить самоуправленіе „im Lechte formaler Begriffsbestimmung“, къ положительному праву вовсе не обращается. G. Blodig, у котораго можно найти много весьма цѣнныхъ указаній относительно постановки самоуправленія въ Германіи и во Франціи, конструкцію самоуправленія, заимствованную у Розина, предпосылаетъ историческому очерку и анализу положительнаго права [1]), такъ что между этими частями его работы не оказывается никакой связи.

[1]) G. Blodig „Die Selbstwerwaltung als Rechtsbegriff“, стр. 14.

Нѣсколько особнякомъ отъ перечисленныхъ нами учениковъ Лабанда, придерживающихся исключительно формальнаго метода, стоитъ Hatschek, который въ своей недавней работѣ [1]) попытался обосновать теорію Лабанда данными, заимствованными изъ исторіи и положительнаго права. Безжизненнымъ конструкціямъ онъ старается дать плоть и кровь, сообщить имъ реальное содержаніе. Публично-правовые союзы, являющіеся субъектами права на самоуправленіе, распадаются по мнѣнію Hatschek'a, на двѣ основныя категоріи—союзы активные и союзы пассивные. Въ первыхъ управомоченнымъ со стороны государства является союзъ, какъ цѣлое, получающій отъ государства субъективное публичное право на осуществленіе отдѣленной отъ государства принудительной власти для удовлетворенія мѣстныхъ союзныхъ интересовъ. Въ пассивныхъ союзахъ управомоченными являются отдѣльные члены союза, такъ что уже ихъ дѣйствія, взятыя въ цѣломъ, должны выразить волю союза. Активные публично-правовые союзы являются въ настоящее время наиболѣе распространенными, но въ исторіи самоуправленія пассивные союзы сыграли также немаловажную роль. Такими пассивными союзами Hatschek признаетъ англійскія графства, города и приходы, разумѣется, дореформенные, а въ дѣйствующемъ правѣ, напр., прусскій Kreis, поскольку имъ выполняются задачи общаго управленія, возложенныя закономъ непосредственно на должностныхъ лицъ—ландрата, Kreisausschuss, а не на союзъ въ цѣломъ. Пассивные публично-правовые союзы, хотя и не составляютъ корпораціи, пользуются самоуправленіемъ. Для достиженія цѣлей организаціи управленія государственная власть создаетъ активные или пассивные союзы, смотря потому, цѣнится ли въ данное время выше общественная свобода или личныя привиллегіи. Преимущество пассивныхъ союзовъ въ томъ, что дѣятельность органовъ самоуправленія въ нихъ опредѣляется исключительно закономъ и не зависитъ отъ

---

[1]) „Die Selbstverwaltung in ihrer politischer und juristischer Bedeutung". См. также Іеллинекъ „Право современнаго государства", русскій переводъ 1903 г., стр. 428 и сл.

колебаній измѣнчиваго большинства. Воля и ея осуществленіе не раздѣлены въ нихъ, а сосредоточены въ однѣхъ рукахъ. Потребность въ надзорѣ менѣе интенсивна.

Обращаясь къ оцѣнкѣ теоріи Hatschek'a, слѣдуетъ признать, что для уразумѣнія существа самоуправленія теорія пассивныхъ союзовъ мало пригодна. Благодаря этимъ пассивнымъ союзамъ понятіе самоуправленія черезмѣрно расширяется, и подъ него оказывается возможнымъ подвести любую форму мѣстнаго управленія. И такъ же, какъ и Rosin, Hatschek для выясненія существа дѣла создаетъ особое политическое понятіе самоуправленія, въ которомъ оно является средствомъ для выясненія коллективной воли и мѣстныхъ нуждъ.

II.

Очевидная неудача, постигшая представителей формальнаго цивилистическаго метода въ попыткахъ выясненія юридической природы самоуправленія, заставила многихъ изслѣдователей вернуться къ тому построенію, изъ противоположенія которому явилась теорія Лабанда, именно къ теоріи Гнейста. Въ глазахъ послѣдняго самоуправленіе являлось необходимымъ коррективомъ къ системѣ управленія посредствомъ кабинета, отвѣтственнаго лишь передъ парламентскимъ большинствомъ, и, слѣдовательно, отражающаго на себѣ воззрѣнія и симпатіи господствующей въ данное время партіи. Для обезпеченія безпристрастнаго, непартійнаго управленія, слѣдовало, по мнѣнію Гнейста, возложить функціи его на лицъ, независимыхъ благодаря имущественному положенію, отъ партійной политики, лучше всего на представителей крупнаго землевладѣнія, которые выполняли бы эти функціи безмездно, изъ чести. Таково было классическое самоуправленіе Англіи особ. въ XVIII в. „Klassisches selfgovernment", таково и должно быть самоуправленіе во всѣхъ государствахъ, желающихъ обезпечить своихъ подданныхъ отъ министерскаго произвола. Самоуправленіе есть система управленія посредствомъ почетныхъ должностей, безмездно отправляемыхъ лицами, принадлежащими къ обезпеченнымъ классамъ общества.

Такова въ самой схематической формѣ теорія Гнейста, формулированная имъ въ его многочисленныхъ трудахъ по вопросамъ мѣстнаго управленія. Опредѣленіе Гнейста почти безъ измѣненій принято Loening'омъ, считающимъ, впрочемъ, самоуправленіе исключительно политическимъ принципомъ [1]) и G. Mejor'омъ, придавшимъ наибольшее значеніе не профессіональному характеру должностныхъ лицъ, являющихся органами самоуправленія [2]). Дальнѣйшее развитіе идеи Гнейста получили въ указанной выше статьѣ E. Neukamp'a, помѣщенной въ IV томѣ Arhiv fur offentliches Recht за 1889 г. Слѣдуя методу указанному Гнейстомъ, Нейкампъ къ выясненію понятія самоуправленія подходитъ историческимъ путемъ. Разсмотрѣвъ предварительно исторію самоуправленія въ Пруссіи, внимательно проанализировавъ относящіеся сюда законодательные акты 1808, 1831 и 1850 г.г., Нейкампъ на основаніи всѣхъ этихъ данныхъ дѣлаетъ выводъ, что главная задача, которую преслѣдовало законодательство, заключалось въ созданіи самостоятельныхъ органовъ управленія на мѣстахъ, независимыхъ въ предѣлахъ своей компетенціи отъ какихъбы то ни было инструкцій центральной власти. Ограниченіе министерскаго всевластія можно организовать вообще двоякимъ путемъ: или извѣстныя отрасли управленія всецѣло передать указаннымъ независимымъ учрежденіямъ, или же если передача самаго управленія предствляется въ отдѣльныхъ отрасляхъ его не вполнѣ удобной, напримѣръ, по соображеніямъ политическимъ, то предоставлять имъ лишь надзоръ или контроль надъ управленіемъ, осуществляемымъ подчиненными министерству органами. Административная юстиція, такимъ образомъ, входитъ въ область самоуправленія.

Итакъ, по Нейкампу, самоуправленіе есть управленіе независимое отъ министерскаго, подчиненное лишь законамъ страны, неполучающее инструкцій ни отъ какой высшей власти. Самоуправленіе есть противоположность министерскому управленію. На мѣсто предложеннаго Гнейстомъ поня-

---

[1]) Lehrbuch d. deutschen Derwaletungsrechts. 1884 г., стр. 35 сл.
[2]) Lehrbuch d. deutschen Staatsrechts. 1891 г., стр. 284.

тія Ehrenamt Нейкампъ выдвигаетъ болѣе широкое понятіе независимости. Можно ли, однако, признать эту поправку Нейкампа правильной и вопросъ о юридической природѣ самоуправленія окончательно выясненнымъ? По нашему мнѣнію, на этотъ вопросъ слѣдуетъ отвѣтить отрицательно. Но прежде чѣмъ перейти къ ближайшему анализу теоріи Нейкампа, остановимся на нѣкоторыхъ общихъ соображеніяхъ, одинаково относящихся ко всѣмъ теоріямъ, происхожденіе которыхъ такъ или иначе связано съ именемъ Гнейста.

Характерную особенность теорій этой группы, особенность, обращающую на себя вниманіе при самомъ бѣгломъ обзорѣ, составляетъ ихъ несомнѣнная связь съ положительнымъ правомъ. Созданное Гнейстомъ понятіе самоуправляенія не выводится само изъ себя, какъ паутина, сотканная паукомъ, а имѣетъ за собой предварительное изученіе исторіи и положительнаго права того государства, система управленія котораго долгое время казалась недосягаемымъ идеаломъ на континентѣ, именно Англіи. Здѣсь же, однако, заключалась и слабая сторона такъ сказать locus minoris resistentiae всей конструкціи Гнейста и его единомышленниковъ. Изслѣдователь, отправляющійся отъ реальныхъ фактовъ, отъ исторической дѣйствительности, для правильности выводовъ, нуждается прежде всего въ томъ, чтобы самые факты были достаточно прочно установлены, чтобы кругъ вошедшихъ въ сферу его наблюденія явленій былъ достаточно широкъ. Въ другомъ мѣстѣ [1]) мы уже имѣли случай подробно остановиться на томъ обстоятельствѣ, что, сосредоточивъ свое вниманіе на прежней исторіи англійскихъ учрежденій, Гнейстъ недостаточно оцѣнилъ эволюцію, происшедшую въ мѣстномъ управленіи Англіи въ XIX в. Значеніе Ehrenamt, почетныхъ должностей, безмездно отправляемыхъ представителями привиллегированныхъ классовъ, въ XIX в. сводится постепенно на нѣтъ. Ихъ замѣняютъ выборные совѣты изъ представителей мѣстнаго населенія, имѣющіе широкую демократическую основу. Мало того. Какъ это пре-

---

[1]) В. Матвѣевъ „Демократизація мѣстнаго управленія Англіи въ XIX в.“ Вѣстникъ Права 1903 г. Ноябрь, декабрь.

красно показалъ Редлихъ въ своемъ въ высшей степени интересномъ изслѣдованіи „Englische Lokalverwaltung“ (Leipzig. 1901 г.) положенная Гнейстомъ въ основу его конструкціи система управленія черезъ мировыхъ судей, безраздѣльно господствовавшая въ Англіи до эпохи реформъ 30-хъ годовъ XIX в., ни въ какомъ смыслѣ не можетъ считаться самоуправленіемъ. Истинное самоуправленіе развилось, именно, какъ реакція противъ безконтрольнаго хозяйничанья въ странѣ представителей господствующаго класса, для которыхъ безмездная служба являлась лишь удобнымъ средствомъ эксплуатировать власть въ свою пользу. Лишь вслѣдствіе явнаго недоразумѣнія эта система была принята за самоуправленіе. Понятіе Selfgovernment, подъ которымъ въ Англіи разумѣлось все политическое устройство, весь конституціонный режимъ, въ противоположность абсолютной монархіи, было ограничено Гнейстомъ одною только областью мѣстнаго управленія, гдѣ оно по справедливости наименѣе находило себѣ примѣненіе въ XVIII в.

III.

Таковы тѣ чисто фактическія возраженія, которыя могутъ быть предъявлены Гнейсту и его единомышленникамъ, видящимъ сущность самоуправленія въ системѣ почетныхъ должностей. Почетныя должности не составляютъ основы самоуправленія ни въ Англіи, да и нигдѣ въ другомъ мѣстѣ. Но и помимо этой ошибки, такъ сказать, въ исторической перспективѣ, можно ли признать правильнымъ такое пониманіе самоуправленія, при которомъ задача его ограничивается устраненіемъ партійности изъ управленія? Мы знаемъ что самоуправленіе съ успѣхомъ примѣняется и тамъ, гдѣ ни съ какими политическими партіями, за отсутствіемъ представительныхъ учрежденій, бороться не приходится. Въ самоуправленіи населеніе усматриваетъ гарантію не только противъ пользованія властью въ интересахъ господствующей партіи, но вообще противъ всякаго *нецѣлесообразнаго* пользованія ею, несоотвѣтствующаго тому пониманію общаго блага, которое

въ данное время является въ обществѣ преобладающимъ. Нецѣлесообразное пользованіе властью можетъ имѣть мѣсто не столько вслѣдствіе зависимости даннаго министерства и его мѣстныхъ органовъ отъ парламентскаго большинства, которое, во всякомъ случаѣ, болѣе или менѣе вѣрно выражаетъ мнѣніе страны, сколько отъ неосвѣдомленности центральной власти и ея органовъ объ истинномъ характерѣ нуждъ мѣстнаго населенія, обусловливаемой обычнымъ отсутствіемъ всякой связи между управляющими и управляемыми. При отсутствіи самоуправленія, мѣстные органы власти оказываются фактически безконтрольными вершителями судебъ населенія ввѣренныхъ имъ районовъ, ибо центральная власть при повѣркѣ ихъ дѣятельности естественно склонна обращать вниманіе на соотвѣтствіе ея предписаніямъ изъ центра, а не нуждамъ мѣстнаго населенія. Задача самоуправленія и заключается въ возсозданіи этой связи, въ созданіи мѣстныхъ органовъ управленія, отвѣтственныхъ передъ населеніемъ и хорошо освѣдомленныхъ относительно его нуждъ и потребностей. Имѣя своей задачей обезпеченіе цѣлесообразности въ управленіи въ указанномъ выше смыслѣ, самоуправленіе является не поправкой къ системѣ конституціоннаго права, какъ полагаютъ писатели разсматриваемаго направленія, а дальнѣйшимъ развитіемъ его началъ, или же, если въ данной странѣ начала эти еще не получили примѣненія, однимъ изъ первыхъ шаговъ на этомъ пути. Сообразно съ такимъ пониманіемъ самоуправленія, оно не можетъ заключаться ни въ чемъ иномъ, какъ *въ перенесеніи началъ представительства и отвѣтственности на мѣстное управленіе*, слѣдовательно, прежде всего *въ предоставленіи населенію прямымъ или косвеннымъ путемъ права избранія органовъ мѣстнаго управленія.*

Возвращаясь къ оставленной нами попыткѣ Нейкампа усмотрѣть отличительный признакъ самоуправленія въ независимости органовъ его отъ воздѣйствія центральной власти, мы прежде всего замѣчаемъ, что признакъ независимости далеко не является общимъ всѣмъ органамъ самоуправленія. Какъ можно говорить о независимости, напримѣръ, органовъ

общиннаго самоуправленія въ Пруссіи, относительно которыхъ представителямъ центральной власти—Oberpräsident'у и Regierungspräsident'у принадлежитъ даже право наложенія дисциплинарныхъ взысканій [1])? Обширныя полномочія англійскаго Local Government Board, дѣйствующаго съ 1872 г., также противорѣчатъ понятію независимости органовъ самоуправленія.

Преувеличенное значеніе, приданное Нейкампомъ моменту независимости, находитъ себѣ объясненіе въ томъ сближеніи, которое производится въ его статьѣ между самоуправленіемъ и административной юстиціей. Послѣдняя составляетъ для него лишь часть самоуправленія [2]). Такое сближеніе едва ли, однако, можно признать правильнымъ. Задачи самоуправленія и административной юстиціи представляютъ существенныя различія. Задача самоуправленія—обезпеченіе цѣлесообразности въ управленіи, задача административной юстиціи—обезпеченіе правомѣрности въ немъ. Тѣ и другія функціи могутъ быть поручены однимъ и тѣмъ же органамъ, какъ это имѣетъ мѣсто въ Пруссіи и въ остальныхъ германскихъ государствахъ, по крайней мѣрѣ, относительно низшей инстанціи, но это отнюдь не обязательно. Примѣромъ противнаго могутъ служить французскіе совѣты префектуры, которые, конечно, не являются органами самоуправленія. Между тѣмъ, результатомъ такого сближенія, объясняющагося преимущественнымъ изученіемъ германскихъ учрежденій, является у Нейкампа перенесеніе признаковъ, свойственныхъ административной юстиціи, на самоуправленіе. Дѣло въ томъ, что для сужденія о правомѣрности дѣйствій администраціи безусловно необходимы суды, отъ нея независимые. Въ этомъ смыслѣ административная юстиція гораздо ближе подходитъ къ общимъ судамъ, независимость которыхъ составляетъ безспорное начало, чѣмъ къ органамъ самоуправленія [3]). При-

---

[1]) Zuständigkeitsgesetz. 1883 г. см. Loening, Op. Cit., стр. 179.

[2]) „Zum Bereiche der Selbstverwaltung gehört gegenwärtig: a)—b)—c) Die Kontrolle der Ministerwerwaltung sowie der zu a) und zu b) gebachten Selbstwerwaltung durch Verwaltungsgerichte" Op. Cit., стр. 551.

[3]) Объ этомъ см. напр. Ussing „Le contentieux administratif et la juridiction administrative" Copenhague 1902 г., стр. 75.

мѣры, приводимые Нейкампомъ, собственно и доказываютъ независимость извѣстныхъ должностныхъ лицъ — ландрата, Regierungspräsident'a, какъ органовъ административнаго суда. Что касается органовъ самоуправленія, то объ ихъ независимости можно говорить лишь съ извѣстными оговорками. Съ одной стороны, государственная власть, передавая въ ихъ руки извѣстныя функціи государственнаго управленія, уже въ интересахъ единства не можетъ отказаться отъ надзора за осуществленіемъ ими этихъ функцій, а, слѣдовательно, и отъ различныхъ способовъ воздѣйствія на нихъ, если самый порядокъ осуществленія государственной властью признается неправильнымъ. Въ выборѣ этихъ способовъ правительство, однако, значительно болѣе ограничено, чѣмъ относительно своихъ агентовъ. Если послѣдніе, напримѣръ, во всякое время могутъ быть „zur Disposition gestellt", т. е. уволены отъ должности хотя бы и съ сохраненіемъ содержанія, то по отношенію къ органамъ самоуправленія такой пріемъ представлялся бы по самому существу неправильнымъ. Дѣло въ томъ, что органы самоуправленія зависятъ не только отъ центральной власти, но и отъ тѣхъ, отъ кого они непосредственно получаютъ свои полномочія, т. е. отъ избирателей. И зависимость, и отвѣтственность ихъ, такимъ образомъ, двойная. Но увеличиваясь въ объемѣ, она неизбѣжно теряетъ въ своей интенсивности. Въ противномъ случаѣ, очевидно, органы самоуправленія, принужденные лавировать между Сциллой и Харибдой, не могли бы создать ничего цѣннаго и никого не удовлетворили бы. Для избѣжанія этого, правительство, предоставляя мѣстному населенію возможность оказывать вліяніе на ходъ мѣстнаго управленія, тѣмъ самымъ нѣсколько уменьшаетъ и свою власть. Сохраняя за собой надзоръ за соблюденіемъ законности въ управленіи, оно обыкновенно, хотя не всегда и не вездѣ, заботу о цѣлесообразности его, о соотвѣтствіи его съ мѣстными нуждами, оставляетъ всецѣло въ рукахъ населенія. Это самоограниченіе въ связи съ другимъ, въ силу котораго правительство лишь въ исключительныхъ случаяхъ присваиваетъ себѣ право непосредственнаго устраненія лицъ, входящихъ въ составъ

самоуправленія, и даетъ основаніе Neukamp'у говорить о независимости, какъ о конститутивномъ элементѣ въ понятіи самоуправленія.

IV.

Признавая, такимъ образомъ, совершенно правильнымъ тотъ путь, по которому, слѣдуя указаніямъ Гнейста, шелъ Neukamp въ выясненіи понятія самоуправленія, мы не находимъ возможнымъ согласиться съ его окончательными выводами. Признакъ независимости органовъ самоуправленія не можетъ, какъ мы только что видѣли, служить основаніемъ для отграниченія ихъ отъ органовъ административной юстиціи. Съ другой стороны, и самая эта независимость является обусловленной тѣмъ способомъ, посредствомъ котораго органы самоуправленія получаютъ свои полномочія. Въ отличіе отъ органовъ бюрократическихъ и судебныхъ, органы самоуправленія получаютъ свои полномочія не прямо отъ государственной власти, а лишь черезъ посредство мѣстнаго населенія, прямо или косвенно участвующаго въ ихъ избраніи. Въ этомъ участіи населенія въ избраніи органовъ самоуправленія, и связанной съ такимъ участіемъ отвѣтственности ихъ передъ населеніемъ, сокращающей до нѣкоторой степени отвѣтственность ихъ передъ центральной властью, и заключается, по нашему мнѣнію, самая сущность самоуправленія.

Такое пониманіе самоуправленія, какъ системы выборныхъ должностей, отнюдь не является оригинальнымъ. По свидѣтельству г. Лазаревскаго, оно является наиболѣе распространеннымъ и въ цѣломъ рядѣ научныхъ литературъ, французской, русской и въ самомъ обществѣ. Это несомнѣнно то опредѣленіе, которое пользуется наибольшею популярностью [1]). Среди разсмотрѣнныхъ нами теоретиковъ къ такому пониманію, какъ мы видѣли, довольно близко подходитъ Розинъ („bürgerlichen selbstaverwaltung"). Съ принятой нами выше точки зрѣнія на задачи самоуправленія, это пониманіе яв-

[1]) „Мелкая земская единица", стр. 34.

ляется единственно правильнымъ. Обезпеченіе цѣлесообразности въ управленіи, т. е. согласія его съ преобладающимъ въ данное время въ обществѣ пониманіемъ общей пользы, возможно лишь путемъ предоставленія самому обществу права избранія должностныхъ лицъ, подлежащихъ контролю и несущихъ отвѣтственность передъ своими избирателями. Обычная ссылка на мировыхъ судей, являющихся будто бы образцомъ „назначенныхъ“ органовъ самоуправленія, какъ мы видѣли выше, не можетъ быть принята. Поставленные по условіямъ своего назначенія въ совершенно особыя отношенія къ центральной власти, мировые судьи отнюдь не являлись органами самоуправленія, и пока управленіе дѣйствительно находилось въ ихъ рукахъ, о самоуправленіи собственно не могло быть и рѣчи. Мало убѣдительными кажутся намъ и приводимыя Нейкампомъ и г. Лазаревскимъ ссылки на существованіе „назначенныхъ“ органовъ самоуправленія въ германскомъ правѣ (Amtsvorsteher, Amtmann, Bürgermeister). Несомнѣнно, что въ этихъ случаяхъ въ систему самоуправленія вносится противоположное ему іерархическое начало. При наличности извѣстнаго такта у представителей центральной власти, оказывающихся въ роли органовъ самоуправленія, противорѣчіе можетъ оставаться незамѣтнымъ, особенно, если правительство при назначеніи будетъ принимать въ соображеніе симпатіи мѣстнаго населенія. Суть дѣла отъ этого, однако, не мѣняется. Одно начало неизбѣжно вытѣсняетъ другое, компромиссъ между ними рѣдко оказывается продолжительнымъ. Доказательствомъ могутъ служить тѣ преобразованія съ сферѣ мѣстнаго управленія, которыя имѣли мѣсто въ главнѣйшихъ государствахъ Западной Европы хотя бы только за послѣднія 20 лѣтъ. Въ Англіи, какъ мы уже неоднократно упоминали, законодательствомъ 1888 и 1894 г. всѣ задачи управленія перенесены на выборные совѣты графствъ и приходовъ на широкой демократической основѣ. И относительно мировыхъ судей въ парламентѣ уже раздавались голоса о необходимости сообщенія и этому институту выборнаго характера, который одинъ можетъ дать ему значеніе истиннаго органа самоуправленія. Что касается городовъ, то имъ право из-

бранія мировыхъ судей изъ лицъ, имѣющихъ спеціальную юридическую подготовку, и по крайней мѣрѣ семилѣтнюю адвокатскую практику, было предоставлено еще городской реформой 1835 г. При этомъ, прежніе мировые судьи сохраняютъ свое почетное званіе, но не несутъ никакихъ обязанностей, новые же являются мировыми судьями ex officio и получаютъ содержаніе изъ городскихъ средствъ.

Въ Пруссіи выборное начало особенно полно проведено въ сельскомъ положеніи для семи восточныхъ провинцій 3 Іюля 1891 г. [1]). Въ этомъ положеніи съ особою тщательностью регулированъ порядокъ выборовъ, далекій отъ совершенства благодаря принятой системѣ раздѣленія избирателей на три класса, въ зависимости отъ суммы платимыхъ налоговъ. Во всякомъ случаѣ, органы общины-староста и шеффены, избираются общиннымъ собраніемъ, а тамъ, гдѣ существуетъ общинное представительство, этимъ послѣднимъ изъ числа членовъ общины. Только въ томъ случаѣ, если ландратъ, съ согласія Kreisausschuss'a (уѣздной земской управы, по переводу М. Б. Горенберга) отказываетъ въ утвержденіи избранному лицу, и вторичные выборы также не получаютъ утвержденія, ландратъ можетъ назначить, съ согласія Kreisausschuss'a комиссара на время, пока новые выборы не получатъ утвержденія. Оговорки, которыми обставлено въ законѣ это право назначенія, ясно показываютъ, что, по мнѣнію законодателя, оно противорѣчитъ принципу самоуправленія, и допускается лишь въ исключительныхъ случаяхъ.

Во Франціи, гдѣ самоуправленіе, вообще говоря, поставлено въ очень тѣсныя рамки, большимъ успѣхомъ въ этомъ направленіи была замѣна назначенныхъ мэровъ выборными, начавшаяся еще съ закона 14 апрѣля 1871 г., закончившаяся же лишь въ 1882—1884 г., и свидѣтельствующая о желаніи законодательства сдѣлать мэровъ дѣйствительными органами общинъ, а не простыми агентами центральной власти.

---

[1]) Die Landgemeindeordnung für die sieben östlichen Provinzen der Monarchie v. 3 Iuli 1891 г. См. статью М. Б. Горенберга „Устройство мелкой земской единицы въ Пруссіи". Вѣстн. Права, 1903 г., № 9—10.

V.

Но если стремленіе законодательства поднять самоуправленіе на должную высоту выражается въ расширеніи выборнаго начала, въ смыслѣ примѣненія его къ болѣе широкому кругу должностей и привлеченія къ нему болѣе широкаго круга избирателей, то обратное отношеніе къ самоуправленію выражается, помимо сокращенія его компетенціи и усиленія наздора, особенно ограниченіемъ примѣненія выборнаго начала. Примѣровъ такого отношенія законодательства намъ нѣтъ необходимости искать въ правѣ западно-европейскихъ государствъ. Въ этомъ случаѣ богатѣйшій матеріалъ даетъ намъ отечественное законодательство послѣднихъ 20 лѣтъ. Достаточно вспомнить созданіе института земскихъ начальниковъ, или такъ называемыхъ комитетовъ по дѣламъ земскаго хозяйства въ неземскихъ губерніяхъ. Не погрѣшая противъ здраваго смысла, нельзя, разумѣется, признавать эти учрежденія органами самоуправленія. Но и въ земскія учрежденія законодательствомъ послѣдняго періода внесены элементы, противорѣчащіе принципу самоуправленія, и свидѣтельствующіе о желаніи законодателя вернуться къ чистой бюрократіи. Недовѣріе къ населенію особенно проявилось въ установленномъ земскимъ положеніемъ 1890 г. порядкѣ представительства въ земскихъ собраніяхъ крестьянскаго элемента. Фактически, гласные изъ крестьянъ оказываются назначенными администраціей, и благодаря такому, установленному закономъ въ земскомъ самоуправленіи порядку, крестьянское представительство фактически не существуетъ. Какъ справедливо замѣчаетъ г. Шрейдеръ въ статьѣ „Земское самоуправленіе“, содержащій весьма любопытные отзывы Комитетовъ о нуждахъ сельскохозяйственной промышленности по данному вопросу [1]), неудовлетворительность дѣйствующей организаціи земскаго представительства, совершенно исказившей смыслъ и значеніе земскихъ учрежденій,

---

[1]) Нужды деревни по работамъ комитетовъ о сельскохозяйственной промышленности изд. Н. Н. Львова и А. А. Стаховича т. I. СПБ. 1904 ст. Земское Самоуправленіе, стр. 320 и сл.

слишкомъ больно даетъ себя чувствовать, чтобы позволительно было считать ея реформу терпящей отлагательства. Сознаніе важности этой стороны дѣла, пониманіе истиннаго смысла самоуправленія было у большей части дѣятелей, принимавшихъ участіе въ трудахъ комитетовъ. Такъ, Мензелинскій комитетъ высказался за то, чтобы земскимъ учрежденіямъ придань былъ всенародный, а не сословный характеръ. Бѣлозерскій комитетъ изыскиваетъ средства къ тому, чтобы земство служило представителемъ всего населенія, и находитъ его въ установленіи представительства, пропорціональнаго количеству земли. Весьегонскій комитетъ призналъ необходимымъ реорганизацію земскихъ учрежденій на началахъ равнаго участія въ дѣятельности ихъ всего мѣстнаго населенія (измѣненіе избирательнаго порядка). О представительствѣ „всего мѣстнаго населенія“ говорятъ также комитеты Звенигородскій, Оханскій и др.

Всѣ предшествовавшія указанія на ту неразрывную связь, какая существуетъ вездѣ, гдѣ только есть самоуправленіе между этой формой управленія и примѣненіемъ выборнаго начала, даютъ, какъ намъ кажется, достаточное основаніе сдѣлать выводъ, что выборность органовъ и составляетъ essentiale въ понятіи самоуправленія, самую сущность его. Выборность же неизбѣжно предполагаетъ прямую или косвенную отвѣтственность передъ избирателями. Формы этой отвѣтственности могутъ быть различны. Для участниковъ представительныхъ собраній, обсуждающихъ различныя мѣропріятія, подобно членамъ такихъ-же собраній, имѣющихъ функцію законодательства относительно всего государства, отвѣтственность выражается лишь въ возможности невозобновленія полномочій по истеченіи срока. Для исполнительныхъ органовъ отвѣтственность эта гораздо интенсивнѣе. Въ дѣятельности своей они постоянно подчинены контролю населенія, въ лицѣ его уполномоченныхъ, обязаны руководствоваться ихъ мнѣніемъ, представлять на ихъ утвержденіе отчеты и т. д. И эта отвѣтственность передъ населеніемъ составляетъ второй существенный моментъ въ понятіи самоуправленія.

Итакъ, исходя изъ того, что задачей законодательства при созданіи самоуправленія является обезпеченіе въ управленіи начала цѣлесообразности, мы подъ самоуправленіемъ понимаемъ такую систему мѣстнаго управленія, въ которой функціи этого управленія возложены на избранныхъ населеніемъ и отвѣтственныхъ передъ нимъ должностныхъ лицъ.

В. Матвѣевъ.

ЗАМѢЧАНІЯ ПРАКТИКА НА ЗАКОНОПРОЕКТЪ ОБЪ УСЛОВНОМЪ ОСУЖДЕНІИ.

Поклонники института условнаго осужденія, доказывающіе своевременность и цѣлесообразность введенія его въ нашу систему карательныхъ мѣръ, опираются главнымъ образомъ на статистическія данныя тѣхъ странъ, гдѣ этотъ институтъ введенъ. Говорятъ, что условное осужденіе дало весьма цѣнные результаты для уголовной репрессіи въ смыслѣ замѣтнаго пониженія повторной преступности.

Насколько это такъ — судить пока трудно, потомучто статистическимъ матеріаломъ освѣщена одна сторона этого вопроса. Изъ данныхъ, представляемыхъ имъ, съ несомнѣнностью можно придти лишь къ одному выводу,—что условное осужденіе не гарантируетъ отъ рецидива; утверждать же, что, по сравненію съ безусловно осужденными въ преступленіяхъ той же самой категоріи, оно даетъ меньшій % повторной преступности, нѣтъ данныхъ. Для этого нужно, какъ мнѣ кажется, имѣть въ рукахъ параллельныя цыфровыя таблицы по указаннымъ категоріямъ преступной дѣятельности виновныхъ, съ обозначеніемъ пола, возраста, личнаго и имущественнаго состоянія ихъ и степени образованія; между тѣмъ, этого, существенно важнаго, матеріала у насъ нѣтъ, не было его, повидимому, и въ распоряженіи отдѣла Высочайше учрежденной коммисіи по обсужденію законопроекта объ условномъ осужденіи.

Не подлежитъ никакому сомнѣнію, что условное осуж-

деніе ближайшимъ образомъ вліяетъ на уменьшеніе числа лицъ, подвергаемыхъ лишенію свободы, а въ связи съ этимъ на сокращеніе расходовъ, потребныхъ на содержаніе мѣстъ заключенія. Но этимъ, явнымъ выгодамъ фиска, при настоящемъ состояніи нашего судоустройства, не будетъ-ли принесена въ жертву дорогая намъ по плоти и крови слава судебныхъ учрежденій Императора Александра II-го, созданная великими трудами нашихъ предшественниковъ?

По законопроекту (ст. 1), судъ вправѣ постановить объ отсрочкѣ наказанія, если осужденный, по своему возрасту, состоянію, чистосердечному сознанію и прежнему безукоризненному поведенію, а равно въ виду возмѣщенія имъ потерпѣвшему причиненнаго ущерба и другихъ обстоятельствъ, заслуживаетъ такого снисхожденія.

Итакъ, составители законопроекта приблизительно указываютъ рядъ тѣхъ фактическихъ признаковъ, при наличности коихъ судъ можетъ, но не обязанъ, примѣнить условное осужденіе, сводя всю суть этого вопроса къ личному, судейскому усмотрѣнію. Это еще яснѣе видно изъ слѣдующихъ разсужденій составителей законопроекта, а именно: оцѣнка нравственныхъ качествъ подсудимаго принадлежитъ суду, на основаніи выяснившихся при разборѣ дѣла свойствъ и особенностей его, а также по соображеніи другихъ обстоятельствъ, сопровождавшихъ учиненное подсудимымъ преступное дѣяніе, причемъ къ числу данныхъ этого рода, могущихъ служить основаніемъ для предоставленія виновному отсрочки наказанія, должны быть отнесены молодость, прежнее безупречное поведеніе, чистосердечное сознаніе и бѣдственное положеніе виновнаго, его желаніе вознаградить потерпѣвшаго за причиненный ему ущербъ и вообще всѣ тѣ обстоятельства, которыя свидѣтельствуютъ о томъ, что онъ заслуживаетъ вышеуказанной льготы (стр. 12—13). Въ другомъ мѣстѣ, касаясь единоличныхъ органовъ судебной власти, составители законопроекта говорятъ, что примѣненіе этими органами института условнаго осужденія можетъ быть допущено при наличности особо уменьшающихъ вину осужденнаго обстоятельствъ (не указывая, какихъ именно,—что слѣ-

довало-бы сдѣлать, такъ какъ новое уголовное уложеніе ихъ не называетъ). При этомъ всякому судебному органу—единоличному или коллегіальному,—разъ онъ найдетъ нужнымъ обратиться къ условному осужденію, вмѣняется въ обязанность подробно мотивировать въ приговорѣ основанія къ отсрочкѣ наказанія, и эта часть приговора подлежитъ обжалованію на общемъ основаніи (ст. 8, 10).

Условія, опредѣляющія за извѣстныя дѣйствія преступнаго агента наступленіе тѣхъ или другихъ законныхъ для него послѣдствій должны быть напередъ указаны въ законѣ и ясны не только суду, но и всему обществу,—въ этомъ сила и значеніе гласнаго суда. Въ виду сего, составители законопроекта и пытались дать ясныя указанія для фактическаго обозначенія момента наступленія условнаго осужденія, но изъ всѣхъ этихъ указаній получилось—съ внѣшней стороны нѣчто вполнѣ не опредѣленное, въ родѣ неизвѣстно какихъ особо уменьшающихъ вину осужденнаго обстоятельствъ, или обстоятельствъ, свидѣтельствующихъ, что виновный заслуживаетъ льготы въ наказаніи, а съ внутренней стороны—прямо недоступная *ясному* созерцанію судьи психическая сфера виновнаго, съ *чистосердечностью* его сознанія и *искреннимъ* желаніемъ вознаградить потерпѣвшаго, несмотря на его (виновнаго) бѣдственное положеніе... Конечно, нельзя не признать, что во время судебнаго процесса между судьями и подсудимымъ, дѣйствительно, устанавливается такая живая, нравственная связь, которая хотя и не поддается протокольному описанію, однако, даетъ суду право сдѣлать нравственную оцѣнку личности виновнаго и свойства, совершеннаго имъ преступнаго дѣянія, а слѣдовательно—и возможность примѣненія къ нему условнаго осужденія. Но наступленіе этого момента въ судьбѣ виновнаго будетъ всецѣло зависѣть отъ степени наблюдательности, развитія, а также и спокойнаго душевнаго состоянія судей, зависимаго въ свою очередь отъ ихъ матеріальной обезпеченности и многообразныхъ служебныхъ недуговъ. А какъ въ этомъ отношеніи неодинаковы составы судей не только въ разныхъ, но въ одномъ и томъ же судѣ, кому же изъ практиковъ это не извѣстно.

Кромѣ того, слѣдуетъ считаться также и съ тѣмъ, что въ числѣ судей есть очень добродушные люди, которые готовы бываютъ, при малѣйшемъ поводѣ, сказать виновному: „иди и впредь не грѣши“; наоборотъ, попадаются люди и съ черствымъ сердцемъ, которые очень строго судятъ другихъ.— Если все это можно сказать относительно коллегіальныхъ судовъ, въ которыхъ судейскія мѣста занимаютъ люди съ высшимъ образованіемъ и большою опытностью, то что же сказать про единоличныхъ судей, въ родѣ земскихъ начальниковъ, въ распоряженіи коихъ окажется институтъ условнаго осужденія?

Намъ говорятъ, что приговоръ судовъ объ отсрочкѣ наказанія будутъ содержать въ себѣ подробное изложеніе основаній, для сего принятыхъ, и будутъ подлежать обжалованію на общемъ основаніи, благодаря чему своевременно устранится допущенная судомъ первой степени неправильность въ постановкѣ приговора объ условномъ осужденіи.

Прежде всего бросается въ глаза несоотвѣтствіе основныхъ началъ этого законопроекта со средствами, регулирующими правильность примѣненія его на практикѣ.—Отсрочка наказанія по преступленіямъ извѣстной категоріи ставится въ каждомъ данномъ случаѣ въ зависимость отъ усмотрѣнія суда и самый законъ объ условномъ осужденіи основанъ исключительно на нравственномъ довѣріи къ суду. Если лишить законъ этой опоры, то онъ окажется безъ почвы. Живую силу его составляетъ нравственное убѣжденіе судей въ цѣлесообразности отсрочки виновному наказанія, каковое убѣжденіе, по самой природѣ своей, не допускаетъ провѣрки ни въ кассаціонномъ, ни даже въ апелляціонномъ порядкѣ. Какимъ образомъ, въ самомъ дѣлѣ, можно составить кассаціонный протестъ на то, что судъ воспользовался своимъ факультативнымъ правамъ и примѣнилъ къ виновному указанной категоріи преступныхъ дѣяній условное осужденіе, когда признаніе наличности подлежащихъ для сего обстоятельствъ относится къ фактической сторонѣ дѣла и, за силою ст. 5 учр. суд. уст., провѣркѣ кассаціоннаго суда не подлежитъ. Нельзя, по моему мнѣнію, обжаловать приговоръ суда

объ условномъ осужденіи виновнаго и въ апелляціонномъ порядкѣ, потомучто, независимо отъ установленія тѣхъ или другихъ обстоятельствъ дѣла, наличность коихъ можетъ служить основаніемъ для условнаго осужденія,—нравственная оцѣнка ихъ и личности виновнаго принадлежитъ суду,—а она только и имѣетъ рѣшающее по сему вопросу значеніе. Судъ можетъ сказать, что не выгодныя для обвиняемаго показанія свидѣтелей не внушаютъ ему довѣрія, что, наоборотъ, объясненія обвиняемаго даютъ ему полную, нравственную увѣренность въ справедливости примѣненія къ данному подсудимому условнаго осужденія. Развѣ возможно правильность такого, нравственнаго убѣжденія судей, также основаннаго на фактахъ, оспаривать не возбудившими въ судьяхъ довѣрія свидѣтельскими показаніями во второй апелляціонной инстанціи, которая не находится въ живомъ, непосредственномъ общеніи со всѣми этими лицами, а имѣетъ письменный, блѣдно отражающій минувшую дѣйствительность матеріалъ? Но справедливость можетъ быть нарушена не только примѣненіемъ условнаго осужденія надъ лицомъ, недостойнымъ сего вида наказанія, но и не примѣненіемъ его тамъ, гдѣ бы это слѣдовало. Какъ въ этомъ послѣднемъ случаѣ обжаловать приговоръ суда—законопроектъ не даетъ никакихъ указаній и, понятно, что такой приговоръ обжаловать нельзя, ибо вопросъ объ основаніяхъ не примѣненія къ данному лицу условнаго осужденія судъ въ своемъ приговорѣ обходитъ полнымъ молчаніемъ.

Изъ сказаннаго слѣдуетъ, что во главѣ угла условнаго осужденія ставится *случай*. А если это такъ, если это можетъ случиться, то, очевидно, что съ введеніемъ института условнаго осужденія основное начало равенства всѣхъ передъ закономъ будетъ поколеблено. Возможно далѣе допустить, что въ нашемъ обществѣ, не безъ нѣкотораго основанія, будутъ раздаваться нареканія на произволъ судей,—что не можетъ не подорвать довѣрія къ самому суду. Бѣда, конечно, не въ томъ, что условнымъ осужденіемъ можетъ воспользоваться лицо, недостойное этой мѣры взысканія, а въ томъ, что общество не будетъ видѣть устойчивости, послѣ-

довательности въ приговорахъ суда, почему и можетъ считать ихъ незаконосообразными.—Прежде, чѣмъ кроить легкое и дешевое платье, надо бы вымѣрять тотъ организмъ, на который оно шьется и сообразить съ климатомъ, въ которомъ организму тому приходится жить. Въ Германіи не спѣшатъ съ этимъ костюмомъ, хотя тамъ климатъ мягче нашего.

Далѣе, нельзя не обратить вниманія на то, что условное осужденіе, разсматриваемое само по себѣ, какъ одинъ изъ видовъ наказанія, не отвѣчаетъ, по моему мнѣнію, требованіямъ карательно-исправительныхъ мѣръ. Въ чемъ, въ самомъ дѣлѣ, заключается та, будто бы, чудодѣйственная сила условнаго осужденія, благодаря которой преступникъ дѣлается полезнымъ агентомъ для общества? Оказывается, по мнѣнію большинства криминалистовъ, занимавшихся институтомъ условнаго осужденія, спасительная сила этого института заключается въ особомъ психическомъ воздѣйствіи на преступника угрозою неминуемаго примѣненія къ нему наказанія, въ случаѣ совершенія новаго преступнаго дѣянія. Сила эта давно извѣстная въ теоріи устрашенія и очень простая, почему была въ большомъ ходу въ средніе вѣка и не особенно давно у насъ. Въ настоящее время теорія устрашенія, какъ извѣстно, совершенно оставлена въ наукѣ. Всѣ граждане, по достиженіи извѣстнаго возраста съ момента появленія на свѣтъ, ходятъ подъ страхомъ наказанія за учиненіе дѣянія, воспрещеннаго, во время его совершенія, закономъ, и, несмотря на это, изъ нихъ не одни только плохіе, но и хорошіе впадаютъ въ преступленія, которыя при этомъ часто получаютъ обрисовку, вовсе не входившую въ разсчетъ виновнаго. Такова, напримѣръ, обширная область преступленій противъ тѣлесной неприкосновенности. Причемъ тутъ угроза наказаніемъ? Впрочемъ, одной угрозѣ не совсѣмъ вѣрятъ и сами составители новаго закона, предоставляя суду право потребовать съ условно-осужденнаго залогъ, въ размѣрѣ не свыше 500 р., и тѣмъ самымъ сдѣлать условное осужденіе для многихъ изъ нихъ не доступнымъ.

Угроза наказаніемъ въ будущемъ, безспорно, имѣетъ сильное психическое воздѣйствіе на преступника, но только кар-

тина этого воздѣйствія представляется мнѣ въ такомъ видѣ: дурному человѣку угроза наказаніемъ послужитъ стимуломъ къ изворотливости и обманамъ въ его дальнѣйшей дѣятельности, а хорошаго человѣка и лицъ, близкихъ ему, поставитъ въ тягостное положеніе отъ одного сознанія всей трудности, при неблагопріятномъ или даже несчастномъ стеченіи обстоятельствъ, уберечься отъ неизбѣжнаго удара занесеннымъ уже надъ головою осужденнаго мечемъ. Это состояніе нравственной подавленности, парализующее свободу дѣятельности, не можетъ не отражаться вредомъ на всей личной, семейной жизни условно-осужденнаго и на его связяхъ въ обществѣ. Сомнѣваюсь, чтобы можно было утверждать, какъ это дѣлаютъ составители законопроекта, что избѣжаніе неблагопріятныхъ послѣдствій условнаго осужденія, т. е. обращенія приговора къ исполненію, будетъ въ *исключительной зависимости* отъ собственной воли и нравственныхъ усилій осужденнаго; надо помнить, что преступный агентъ находится въ сложномъ узлѣ воздѣйствія на него общественныхъ и разныхъ иныхъ силъ, не исключая окружающей природы.

Въ конечномъ, неблагопріятномъ выраженіи для виновнаго, условное осужденіе часто будетъ явно несправедлибымъ. Представьте себѣ, что, за нѣсколько дней до истеченія 5-лѣтней, погасительной отсрочки наказанія, условно-осужденный впадетъ въ новый проступокъ, отнюдь не свидѣтельствующій о нравственной испорченности виновнаго и облагаемый только арестомъ, и вслѣдствіе этого, сверхъ наказанія за вновь учиненный проступокъ, пойдетъ на годъ въ тюрьму за прежнее уже выстраданное имъ преступленіе. Къ этому времени личное и общественное положеніе условно-осужденнаго можетъ быть вполнѣ благоустроеннымъ. И вдругъ, почти черезъ 5 лѣтъ усиленныхъ трудовъ и примѣрной жизни выплываетъ на поверхность тюрьма. Она рѣзко измѣнитъ весь строй общаго благополучія и можетъ окончательно разрушить его, лишивъ виновнаго того довѣрія въ обществѣ, которымъ онъ жилъ. Болѣе того зло для семьи, въ которой у виновнаго были дѣти и достигли такого возраста, что могутъ понять позорное горе своего отца. Спрашивается, какая цѣль столь

запоздалаго и тягостнаго наказанія? Кому оно нужно, когда съ бывшимъ преступленіемъ виновнаго всѣ примирились, забыли объ немъ, и для чего оно теперь, когда въ новомъ проступкѣ виновнаго не заключается и признаковъ нравственной испорченности? Конечно, не для исправленія виновнаго, такъ какъ онъ въ этомъ не нуждается, а самая тюрьма наша признана такимъ карательнымъ средствомъ, которая и въ малыхъ дозахъ приноситъ не пользу, а вредъ. Наказаніе при сказанныхъ условіяхъ получаетъ видъ „нещаднаго битья“ преступника и ни въ чемъ неповинной его семьи за неудачный подборъ видовъ уголовной кары, но не за тотъ вредъ, который когда то преступникомъ былъ причиненъ обществу. Въ этомъ ясно сказывается глубокій и, по моему мнѣнію, неустранимый недостатокъ условнаго осужденія.

Пока въ системѣ уголовныхъ каръ не открыта такая мѣра, которая бы, дѣйствительно, исправляла преступника, возвращая его въ общество полезнымъ членомъ,—пока наказаніе остается своего рода зломъ, однако, неизбѣжнымъ и оправдывается исторически государственнымъ строемъ общественной жизни, — до тѣхъ поръ оно должно слѣдовать за преступленіемъ, какъ слѣдствіе конкретно выраженной воли нарушителя закона. Поэтому необходимо сосредоточить все наше вниманіе на цѣлесообразномъ переустройствѣ тюремъ; суду же надо предоставить широкое право, по обстоятельствамъ дѣла и личности преступника, индивидуализировать наказаніе, въ указанныхъ закономъ предѣлахъ (каковое право ему и предоставлено новымъ уголовнымъ уложеніемъ), а въ исключительныхъ случаяхъ,—когда средній или еще не установившійся человѣкъ, охраняя дорогіе интересы для него и близкихъ ему лицъ, оказывается не въ силахъ противостоять преступленію и если послѣднее не представлялось тяжкимъ и невознаградимымъ,—выносить такому виновному порицаніе его поступка и, освобождая отъ личнаго наказанія, дѣлать ему соотвѣтствующія разъясненія о свойствѣ и значеніи совершеннаго дѣянія, съ предостереженіемъ о послѣдствіяхъ для него преступной дѣятельности въ будущемъ. Не могу не привести здѣсь характерный въ этомъ

отношеніи процессъ, бывшій въ 1903 г. въ разсмотрѣніи Казанской судебной палаты. Несовершеннолѣтній телеграфистъ обвинялся по ст. 362 улож. о наказ. Суть дѣла въ слѣдующемъ: получая не много болѣе 20 руб. въ мѣсяцъ жалованья, телеграфистъ этотъ содержалъ себя и брата, поступившаго въ реальное училище; все время на службѣ онъ велъ себя примѣрно. Между тѣмъ, на него постепенно надвигалась бѣда и, наконецъ, пришла къ нему съ грознымъ требованіемъ: внести за брата за вторую половину учебнаго года 25 руб., или же взять брата изъ училища. Наступалъ послѣдній срокъ. Денегъ не было и достать было негдѣ. Тогда юный телеграфистъ прибѣгъ къ такому пріему: принимая многословныя телеграммы и отправляя ихъ по назначенію, онъ записывалъ по книгамъ всѣ эти телеграммы малословными и, такимъ образомъ, собралъ требуемую сумму для взноса за обученіе брата. Судебная палата признала телеграфиста виновнымъ въ служебномъ подлогѣ, но вмѣстѣ съ тѣмъ постановка ходатайствовать передъ Его Императорскимъ Величествомъ о полномъ помилованіи, на что и послѣдовало Высочайшее соизволеніе. Почему въ случаяхъ, подобныхъ настоящему, не предоставить суду права на освобожденіе виновнаго отъ наказанія? Обстоятельства, опредѣляющія примѣнимость этой формы осужденія, по своей рельефности, въ каждомъ данномъ случаѣ конкретно могутъ быть указаны и относительно того или другого значенія ихъ возможенъ споръ, а стало быть и допустимъ порядокъ апелляціоннаго обжалованія. Желательно при этомъ соблюденія одного лишь условія,—чтобы судъ, въ видахъ огражденія означенныхъ приговоровъ отъ всякихъ нареканій въ обществѣ, немедленно, въ резолюціи объявлялъ тѣ основанія, по которымъ виновный освобожденъ имъ отъ личной отвѣтственности. Голое объявленіе—освободить виновнаго отъ наказанія, можетъ поставить въ недоумѣніе не только присутствовавшую въ судѣ публику, но, иногда, и сторону. И если послѣдующее, черезъ нѣсколько недѣль послѣ провозглашенія резолюціи, ознакомленіе съ протоколомъ судебнаго засѣданія и мотивированнымъ приговоромъ разъяснитъ недоумѣніе сторонъ, то не-

доумѣніе публики останется не разъясненнымъ, въ такомъ видѣ оно выносится изъ залы суда въ общество, постепенно крѣпнетъ въ немъ и растетъ, распространяясь въ ширь и глубь общественныхъ слоевъ. Всякій согласится, что это явленіе крайне вредное и пойметъ всѣ невыгодныя послѣдствія его для здоровой жизни судебнаго организма.

И. Покровскій.

ВОПРОСЪ О РОДОВЫХЪ ИМУЩЕСТВАХЪ ВЪ ДЕПУТАТСКИХЪ НАКАЗАХЪ 1767 ГОДА.

Дѣленіе имуществъ на родовыя и благопріобрѣтенныя и особенный порядокъ наслѣдованія въ имуществахъ родовыхъ, какъ извѣстно, не нашли себѣ мѣста въ проектахъ, выработанныхъ Высочайше учрежденною коммисіею по составленію гражданскаго уложенія. Но рѣшительное устраненіе такъ долго существовавшаго въ русскихъ гражданскихъ законахъ института родовыхъ имуществъ въ самой коммисіи встрѣтило противниковъ. Въ изданной коммисіей IV книгѣ проекта уложенія „съ объясненіями“ помѣщено подробно мотивированное мнѣніе бывшаго члена коммисіи, нынѣ члена Государственнаго Совѣта, статсъ-секретаря А. А. Сабурова, отстаивающаго сохраненіе стараго института, хотя и съ нѣкоторыми измѣненіями (страницы CXI—CXLI). Нѣкоторыя черты этого института предполагали сохранить и другіе члены коммисіи, оставшіеся въ меньшинствѣ (ibid., стр. CIII—CX). Несомнѣнно, что защитники стараго института найдутся и внѣ коммисіи, и въ тѣхъ учрежденіяхъ, на разсмотрѣніе которыхъ поступитъ проектъ гражданскаго уложенія по окончательной обработкѣ его коммисіею. Поэтому разсмотрѣніе главнѣйшихъ основаній защитниковъ старины представляетъ въ настоящее время особую важность. Однимъ изъ наиболѣе серьезныхъ доводовъ за сохраненіе института родовыхъ имуществъ служитъ предполагаемое соотвѣтствіе его общему правосознанію, если не всего русскаго народа—такъ какъ

въ среду простаго народа понятія о родовыхъ имуществахъ пожалуй и занесены, но насильственно и случайно, черезъ посредство волостныхъ писарей и тому подобныхъ непризванныхъ наставниковъ—то тѣхъ его слоевъ, которыхъ гражданскія отношенія опредѣляются дѣйствующими у насъ письменными законами. Вотъ что говорится, напр., въ вышепомянутомъ мнѣніи статсъ-секретаря А. А. Сабурова (ibid. стр. CXXI): „понятіе о родовыхъ имуществахъ, строго отличаемыхъ закономъ отъ имуществъ благопріобрѣтенныхъ, и установленіе обязательнаго наслѣдства только въ первыхъ, съ предоставленіемъ права свободнаго завѣщательнаго распоряженія въ послѣднихъ, издавна укоренилось въ правовомъ сознаніи народа, и отмѣна закона, имѣющаго важное историческое значеніе, не должна быть допущена безъ обстоятельнаго изслѣдованія тѣхъ бытовыхъ условій, при которыхъ этотъ законъ возникъ, и ясныхъ указаній на то, что прежній законъ въ самомъ сознаніи народа сдѣлался излишнимъ или вреднымъ“... Въ такой рѣшительной формѣ согласиться съ этимъ сужденіемъ трудно. Если законъ сталъ вреднымъ, то добиваться его отмѣны, полагаю, позволительно. Лучшимъ отвѣтомъ на крайнюю ревность при охраненіи законовъ, потерявшихъ свой raison d'être, могутъ служить, по моему мнѣнію, слова, произнесенныя въ 1768 г. въ засѣданіи Екатерининской „коммисіи о сочиненіи проекта новаго уложенія“ однимъ изъ замѣчательнѣйшихъ членовъ коммисіи—замѣчательнѣйшихъ по познаніямъ, ясности пониманія и послѣдовательности и стойкости убѣжденій—депутатомъ города Дерпта, профессоромъ Яковомъ Урсинусомъ: „.... законодательство не раба древностей; но препоручила намъ Ея Императорское Величество справедливые законы проектовать, которыми бы всякія несправедливости древнихъ законовъ и привычекъ отмѣнены были“. Но если взять приведенныя выше слова г. Сабурова въ смыслѣ нѣсколько ограниченномъ—не во всей ихъ рѣзкости—то невозможно будетъ признать ихъ лишенными основанія. Навязывать населенію законы, хотя бы и справедливые и полезные, но противорѣчащіе его правовымъ воззрѣніямъ, трудно и рискованно.

Въ особенности это будетъ рискованно въ такихъ случаяхъ, когда польза отъ новаго закона не бросается въ глаза прямо, и не можетъ быть въ весьма близкомъ будущемъ явиться „ясныхъ указаній“ на эту пользу; а таковы большею частью законы, относящіеся къ матеріальному гражданскому праву. И вотъ поэтому хотѣлось бы содѣйствовать разъясненію вопроса: дѣйствительно ли институтъ родовыхъ имуществъ отвѣчаетъ *общему* правосознанію хотя бы и той части народа, о которой говорено выше, гражданскія отношенія которой опредѣляются дѣйствующими законами,—и нѣтъ ли указаній на то, что въ обществѣ проявляется нерѣдко, и не со вчерашняго только дня, недовольство затрудненіями, этимъ институтомъ вносимыми, и стремленіе сбросить съ себя путы, имъ налагаемыя.

Настоящею статьею полагаю возможнымъ хотя нѣсколько освѣтить нѣкоторыя стороны вопроса.

Въ самомъ дѣлѣ, какъ ознакомиться съ народнымъ правосознаніемъ? Въ чемъ оно можетъ выражаться?

Познать его можно прежде всего прямымъ способомъ—опросомъ тѣхъ представителей народнаго правосознанія, которые въ состояніи дать въ немъ отчетъ. По отношенію къ вопросу о родовыхъ имуществахъ это тѣмъ легче, что, какъ замѣчено уже выше, идетъ рѣчь только о правосознаніи нѣкоторыхъ слоевъ населенія, при томъ слоевъ умственно болѣе развитыхъ.

Но до сихъ поръ со времени начала царствованія Императрицы Екатерины II населеніе русской земли не призывалось къ выраженію своего мнѣнія по законодательнымъ вопросамъ. Поэтому нельзя не дорожить возможностью справиться съ мнѣніями, выраженными русскими людьми по занимающему насъ вопросу при составленіи въ 1767 наказовъ депутатамъ, созваннымъ для законодательной работы по повелѣнію Великой Екатерины. Правда, со времени составленія наказовъ прошло слишкомъ 137 лѣтъ, въ теченіе которыхъ радикально измѣнились очень многія условія народной жизни. Но изъ этого слѣдуетъ лишь то, что мы должны высказывавшіеся въ то время взгляды подвергать тщательному раз-

смотрѣнію съ точки зрѣнія соотвѣтствія ихъ измѣнившимся сторонамъ юридическаго и экономическаго быта населенія и при оцѣнкѣ ихъ принимать такое соотвѣтствіе или несоотвѣтствіе во вниманіе. Мы увидимъ, впрочемъ, что при крайнемъ разнообразіи взглядовъ на разсматриваемый институтъ, не смотря на то, что тогдашнія условія русской жизни могли гораздо болѣе настоящихъ располагать къ сохраненію института, стремленіе къ уравненію правъ на различные виды имуществъ или, по крайней мѣрѣ, къ ослабленію тѣхъ неудобствъ, которыя составляютъ послѣдствіе ихъ различенія, уже и тогда выразилось достаточно сильно.

Ознакомленіе съ депутатскими наказами 1767 года можетъ имѣть для разсматриваемаго вопроса еще и иное значеніе. Помимо прямого опроса населенія есть и еще средство ознакомиться съ его взглядами на дѣйствующіе законы: изученіе того, какъ населеніе относится къ закону и къ его примѣненію. Если мы встрѣчаемъ часто стремленіе обойти законъ, нерѣдко цѣною большихъ неудобствъ, связанныхъ съ такимъ обходомъ, то едва ли мы можемъ согласиться съ утверждающими, будто законъ этотъ соотвѣтствуетъ общему правосознанію и въ качествѣ таковаго долженъ быть тщательно сохраняемъ. Между тѣмъ, по свидѣтельству весьма многихъ наказовъ—и при томъ, какъ высказывающихся противъ института родовыхъ имуществъ, такъ и высказывавшихся за его сохраненіе—факты обхода поддерживавшихъ его постановленій и въ то стародавнее время были слишкомъ часты, отражаясь на стремившихся къ обходу крайне невыгодными послѣдствіями. Стало быть, мы въ правѣ будемъ заключить, что ссылка на соотвѣтствіе института *общему* правосознанію едва ли основательна и для Екатерининскаго времени. Объясненія, которыя даетъ Высочайше учрежденная коммисія для составленія проекта гражданскаго уложенія, къ IV книгѣ проекта, свидѣтельствуютъ, что въ современной гражданской практикѣ случаи обхода законовъ о родовыхъ имуществахъ также очень часты. Такимъ образомъ намъ представится долголѣтнее постоянное противодѣйствіе осуществленію закона, про который говорятъ, будто онъ отвѣчаетъ

общему правосознанію, будто его постановленія усвоены народомъ, „какъ неподлежащее сомнѣнію правовое начало“. Не придемъ ли мы тогда къ заключенію о рискованности подобныхъ утвержденій?

Сказаннымъ опредѣляется задача настоящей статьи.

Перехожу къ разсмотрѣнію наказовъ, напечатанныхъ въ различныхъ томахъ Сборника Русскаго историческаго общества. Прежде всего обращаюсь къ наказамъ, которые прямо высказались противъ различія въ правѣ завѣщать кому бы то ни было имущества родовыя и благопріобрѣтенныя. Сюда относятся дворянскіе наказы уѣздовъ: 1) *Дмитровскаго*, 2) *Лихвинскаго*, 3) *Кашинскаго*, 4) *Тульскаго*, 5) *Луховскаго*, 6) *Одоевскаго* (всѣ 6—прежней Московской губерніи), 7) *Вяземскаго* (Смоленской губ.), 8) *Вологодскаго* (Архангелогородской губ.) и 9) *Псковскаго* (Новгородской губ.) [1]).

Дмитровскій наказъ заслуживаетъ нашего особаго вниманія; мы на немъ и остановимся долѣе (Сборн. русс. ист. об-ва, т. VIII, стр. 508 и 509).

По указаніи на „неисчислимое множество благодѣяній“, которыя „Ея Императорское Величество на своихъ подданныхъ непрерывно изливаетъ, которыхъ подробно нѣтъ нужды описывать: оныя самымъ дѣломъ сами о себѣ напоминаютъ“, составители наказа продолжаютъ:

„Все сіе сообразя, пріемлемъ мы смѣлость всеподданнѣйше просить Ея Императорское Величество о всемилостивѣйшемъ совершеніи своихъ материнскихъ намѣреній на вѣки утвержденнымъ узаконеніемъ, въ силу котораго каждый дворянинъ

---

[1]) Мнѣнія по законамъ о наслѣдствѣ, выраженныя въ наказахъ депутатамъ Екатерининской коммисіи разсматривались въ трудахъ: А. Н. Попова (Заря 1870 г., № 1, статья: „предположенія депутатовъ Екатерининской коммисіи для сочиненія новаго уложенія о наслѣдствѣ“), С. В. Пахмана („Исторія кодификаціи гряжд. права т. I), В. Н. Латкина (законодательныя коммисіи въ Россіи въ XVIII столѣтіи, т. I). Авторы названныхъ трудовъ, касаясь занимающаго насъ вопроса только между прочимъ, даютъ по этому вопросу указанія неполныя. Такъ напр. г. Поповъ говоритъ, что съ мыслями, выраженными въ Дмитровскомъ наказѣ, сходятся и другіе наказы, изъ которыхъ упоминаетъ только Лихвинскій, Каширскій (Кашинскій) и Тульскій (кромѣ нихъ относя сюда же безъ достаточнаго основанія—Московскій).

полную бы имѣлъ власть надъ своимъ имѣніемъ, *не различая движимаго отъ недвижимаго и родового отъ* наслѣдственнаго и *благопріобрѣтеннаго*; однимъ словомъ, чтобы каждый дворянинъ могъ собственное свое имѣніе, *какого бы оно роду ни было*, отдать изъ дѣтей своихъ кому, изъ родственниковъ, свойственниковъ, женѣ своей, *или чужимъ обоего пола*, кому заблагоразсудитъ, при жизни своей, или утвердить духовною по смерти безъ всякихъ въ томъ предѣловъ. О коль совершенно счастливымъ можетъ тогда назваться всякій дворянинъ, когда онъ властенъ будетъ имѣніемъ своимъ, какимъ бы невиннымъ способомъ оное ему ни досталось, наградить только тѣхъ изъ дѣтей своихъ, родственниковъ и чужихъ, кого разсудитъ достойна его вспомоществованія, и кого найдетъ способна владѣть имѣніемъ! Но нынѣ родители съ горестью часто взираютъ на бѣдныхъ дочерей своихъ. Отецъ, имѣя одну дочь и одного сына, принужденъ оставить сына своего, иногда недостойнаго, въ изобиліи съ 13-ю долями своего имѣнія, а дочь въ нищетѣ съ 14-ою долею. Оное тѣмъ паче чувствительнѣе, что мужчина и безъ таковаго намѣреннаго награжденія имѣетъ случай нажить разными дозволенными средствами не только содержаніе себѣ, но и съ излишествомъ изобиліе, а женщинъ нерѣдко видимъ угнетаемыхъ скудостью, ведущихъ горестную жизнь, потому что, привыкнувъ жить изобильно въ домѣ родительскомъ, несносно имъ, лишась родителей, лишиться и достаточнаго содержанія...

Нерѣдко случается бездѣтнымъ имѣть друзей, отъ которыхъ сами видѣли многія одолженія; они бы конечно предпочли своихъ благодѣтелей отдаленнымъ, иногда и неблагодарнымъ родственникамъ; но нынѣшній законъ имъ въ томъ препятствуетъ.

Больше же всего претерпѣваетъ отъ нынѣшняго узаконенія въ иномъ случаѣ мужъ, въ другомъ жена, бездѣтные, которые въ жизни наитѣснѣйшею соединены дружбою и нераздѣльно владѣютъ общимъ имѣніемъ; а по смерти одного изъ нихъ дальнѣйшіе наслѣдники опечатываютъ ихъ домъ и вступаютъ во владѣніе большой частью мужняго или женина имѣнія къ огорчительнѣйшему позорищу для оставшаго“.

Въ *Кашинскомъ* наказѣ (см. Сборникъ Р. Ист. Об—ва т. IV, стр. 462; Кашинъ нынѣ уѣздный городъ Тверской губерніи) читаемъ: „Поручаемъ мы нашему г. депутату представить...

8) „Всякому дворянину пожаловать власть полную въ распоряженіи его имѣніемъ, *не различая движимаго отъ недвижимаго;* словомъ, всякій владѣтель своего имѣнія кому хочетъ тому отдастъ при себѣ чрезъ челобитье и допросъ или по духовной, только бы тотъ былъ дворянинъ“...

Въ наказѣ *Вяземскаго* уѣзда (Сб. Р. И. Общ., т. 14, стр. 446) въ пунктѣ 3 читаемъ:

„Уповательно къ наилучшему сбереженію законовъ, еслибъ владѣлецъ *недвижимому своему имѣнію имѣлъ власть, такъ, какъ и движимому, кому захочетъ отдать дозволено бъ было*“.

Далѣе слѣдуетъ объясненіе, почему такое дозволеніе могло бы содѣйствовать „сбереженію законовъ“: „обыкновенно бездѣтные владѣльцы ихъ имѣнія, многіе мужья ихъ женамъ, а жены мужьямъ, проча то, дѣлаютъ фальшивыя переукрѣпленія на сторонніе имена закладными и купчими... тѣ же люди, на чьи имена пишутся закладныя, многіе, льстясь большому имѣнію, и совершенно записываютъ на себя, и какъ во владѣніе того имѣнія сами вступаютъ, такъ равно отъ себя и перезакладываютъ въ большія деньги, чтобъ не могли родственники выкупа учинить, а кому было прочено, мужу или отъ мужа женѣ, тѣ того имѣнія лишаются отъ тѣхъ бездушниковъ, а правильные наслѣдники, кому бъ надлежало достаться отъ бездѣтнаго, тѣ уже и совсѣмъ лишены ихъ наслѣдства; и такъ тѣмъ предохранить соблюденіе законовъ, еслибъ *дозволено было всякому* члену, *какъ движимыя, такъ и недвижимыя имѣнія отдавать кому онъ захочетъ, по челобитнымъ или по духовнымъ*“...

Въ наказѣ *Вологодскаго* уѣзда (Сб. Р. Ист. Общ., т. XIV, стр. 459) въ пунктѣ 1-мъ читаемъ:

„Всѣхъ вотчинниковъ сдѣлать *въ недвижимомъ имѣніи* вольными, кому они и кромѣ законныхъ наслѣдниковъ то имѣніе похотятъ отдать, мужъ женѣ, жена мужу, сынъ отцу и матери, также и дочь, или дальнему родственнику, *или и*

въ другую фамилію, оное повелѣно было чинить завѣщательными письмами на гербовой бумагѣ".

Въ объясненіи къ этому пункту („выгоды") говорится: „Часто случается, что законные наслѣдники не точію дальніе, но и дѣти своихъ родителей въ возрастѣ своемъ не почитаютъ, и такіе случаются, что въ своемъ безумствѣ стараются родителей своихъ беззаконно уморить, льстя себя тѣмъ, что имѣніе отцовское достанется мнѣ, и, алча, онымъ, въ беззаконный грѣхъ вступаютъ, а оное не отчего болѣе происходитъ, какъ невольны вотчинники въ своихъ имѣніяхъ; кольми же паче дальнее наслѣдство родственники получаютъ; а ежели будутъ вотчинники вольны въ своихъ имѣніяхъ, то уповаемъ не точію отъ дѣтей къ родителямъ почтеніе будетъ болѣе, тожъ и отъ дальнихъ родственниковъ; уповаемъ, что и жены съ своими мужьями бездѣтныя будутъ надъ имѣніями своими прилежнѣе смотрѣть и экономію свою наблюдать. Нынѣ часто бываетъ, что тотъ или другой, на примѣръ, мужъ при жизни женіной старается свои деревни поправить, а женины разорить; бываетъ и жены такимъ образомъ мужнины деревни разоряютъ".

Въ *Тульскомъ* наказѣ (Сб. Р. Ист. Общ., т. IV, стр. 403 и 404) непосредственно къ вопросу о правѣ дѣлать завѣщанія на всякія имѣнія относится п. 8-ой, озаглавленный: „объ имѣніяхъ, кто бы ни захотѣлъ отдать оное даромъ, не возбранно". Въ немъ говорится: „За великое милосердіе должны почитать дворянство отъ всемилостивѣйшей Государыни, если позволено будетъ приложить къ нынѣ имѣющимся дворянскимъ прерогативамъ по правамъ государственнымъ принадлежащимъ, а паче по высочайшей милости, отъ времени до времени утвержденнымъ, недвижимыя имѣнія, кои позволеніе имѣемъ продать и заложить, но несравненную бы и отъ сего дворянство почувствовало бы милость, если бы каждый владѣлецъ законное и прямо къ нему принадлежащее имѣніе свое могъ, какъ при жизни своей, такъ и завѣщаніемъ по смерти, отдать безденежно, кому по естественной дружбѣ и любви отдать пожелаетъ ли".

Въ слѣдующихъ за тѣмъ двухъ проектахъ испрашивается измѣненіе правилъ о наслѣдованіи по закону, при чемъ со-

ставители наказа рѣшительно отвергаютъ основное начало, принимаемое для наслѣдованія родовыхъ имуществъ: bona paterna paternis, materna maternis. „Законъ повелѣваетъ нынѣ“, говорится въ пунктѣ 9, „получать дѣтямъ недвижимое послѣ отца и матери, а отцу и матери послѣ дѣтей не давать, что, кажется, совсѣмъ удалено отъ естественнаго права; также и братъ послѣ брата, рожденный отъ одного отца, а разныхъ матерей, лишенъ наслѣдства; повелѣно бы было недвижимое не въ родъ отдавать послѣ умершаго по материной линіи роднаго брата, который съ нимъ рожденъ однимъ отцомъ [1]), хотя бы деревни были изъ рода материной стороны, развѣ въ такомъ случаѣ, когда послѣ умершаго останется сестра единоутробная, которая имѣетъ право во всемъ быть законная наслѣдница“.

Въ пунктѣ 10-мъ („о полученіи брату послѣ брата разныхъ матерей“) читаемъ:

„Наслѣдственное недвижимое имѣніе всякаго дворянина повелѣно бы было отдавать, по смерти неимѣющихъ дѣтей, *не почитая родовыя той фамиліи*, чтобъ возвращать дальному родственнику въ родъ, мимо двоюродныхъ съ материной стороны братьевъ и сестеръ, ибо они имѣли съ тѣмъ умершимъ ближнее и кровное свойство, слѣдственно, когда они ближе родственника въ свойствѣ, то есть свойственникъ да двоюродный, а родственникъ внучатный или и далѣе, то по натуральности и обязанности кровію быть наслѣдникомъ дальному мимо ближняго не слѣдуетъ, хотя съ материной стороны; а ежели равные, то есть, двоюродные и внучатные, какъ родственникъ, такъ и свойственникъ, то имѣютъ всѣ оныя деревни дѣлить по равнымъ частямъ такъ, какъ они и въ роднѣ ему были равны, хотя бы съ материной стороны и деревень у умершаго не было, какъ родственныя, такъ и покупныя“.

Въ слѣдующемъ пунктѣ (п. 11—„о взятіи билетовъ на

---

[1]) Изложеніе сбивчивое; очевидно, что имѣлось въ виду сказать: „повелѣно бы было не въ родъ отдавать по материной линіи имущество, оставшееся послѣ умершаго брата, который съ нимъ рожденъ однимъ отцомъ“ и т. д.

продаваемыя деревни"), совершенно въ противность родовому началу, устанавливается преимущественное право на покупку деревень не за членами одного съ продавцомъ рода, а за сосѣдями—дворянами того же уѣзда! Вотъ что читаемъ въ этомъ 11-мъ пунктѣ:

„Во избѣжаніе же продерзкимъ противъ установленныхъ законовъ, полезно будетъ, если каждый владѣлецъ, возымѣя нужду продать свое недвижимое имѣніе, долженъ напередъ сообщить въ городскомъ правленіи, чтобы оное его намѣреніе, съ прописаніемъ числа душъ чертветной дачи, публиковано *во всемъ уѣздѣ* было, *не пожелаетъ ли кто той его купить продаваемой вотчины*; буде нѣтъ, то дать ему отъ того правленія небольшой билетъ или аттестатъ, что то его помѣстье состоитъ въ числѣ коликихъ душъ и земляной дачи, и что оное подлинно его, а не чужое, съ которымъ помянутый продавецъ отбыть можетъ туда, гдѣ онъ за полезнѣе продать разсудитъ, а по продажѣ или заложеніи оной вотчины, имѣетъ тотъ билетъ отдать же тому купцу или заимодавцу".

Я остановился долго на Тульскомъ наказѣ между прочимъ и потому, что его требованія повторяются и въ другихъ наказахъ:

8-ой п. Тульскаго наказа повторяется, съ неимѣющими особаго значенія измѣненіями, въ 4-мъ пунктѣ наказа *Одоевскаго* уѣзда (Сб. Р. И. О., т. VIII, стр. 488—Одоевъ нынѣ въ Тульской губерніи);

въ *Луховскомъ* наказѣ (ibid. стр. 482, Луховъ нынѣ заштатный городъ Костромской губерніи) пункты 12—15 сходны съ 8—11 пунктами Тульскаго;

съ 8—10 пунктами Тульскаго наказа сходны 13—15 пункты наказа *Лихвинскаго* (ibid. стр. 444; Лихвинъ нынѣ въ Калужской губерніи).

Наказъ *Псковскаго* уѣзда представляетъ интересъ въ 2-хъ отношеніяхъ. Мотивируя требованіе свободы дѣлать завѣщанія на всякаго рода имущества, онъ, подобно Вяземскому наказу, рисуетъ картину злоупотребленій, вызываемыхъ стѣсненіями отъ законовъ дѣйствующихъ. Затѣмъ въ немъ вы-

сказывается мысль, чуждая наказамъ разсмотрѣннымъ, а именно, что требуемой имъ свободѣ должны быть указаны нѣкоторые предѣлы. Вотъ, что въ немъ читаемъ (Сб. Р. И. О., т. XIV, стр. 397 и 398):

„Въ оставшемся имѣніи послѣ жизни каждаго наслѣдникъ, по послѣдуемой линіи родства, пользоваться право имѣетъ; но въ случаѣ кто противника себѣ или недостойнаго къ тому видитъ, а кому желаетъ отдать, тотъ того достоинъ и заслужилъ, но не принадлежащій къ наслѣдству, въ такомъ случаѣ дѣлаетъ продажею и закладомъ; а потомъ тожъ имѣніе чрезъ нѣсколько рукъ перепродаютъ и перезакладываютъ, доводя до того, кому прочитъ; черезъ что великія, сверхъ убытка, противъ совѣсти, въ безденежной сдѣлкѣ нарушаютъ присяги, и замѣшательство въ дѣлахъ происходитъ, и самая вредность, коварство, ненависть и злоба рождаются. А какъ каждый, по натуральности въ собственномъ своемъ неоспоримо въ жизни его (при своей жизни?) властенъ, слѣдовательно, что куда пожелаетъ употребить или кому отдать можетъ, а по жизни своей, хотя въ чемъ и запрещено, учреждая объ ономъ при жизни чрезъ разные вымыслы (хотя которые бъ и не желали во весь свой вѣкъ несправедливость сдѣлать), принужденно дѣлаютъ кому отдать желаютъ.

Во избѣжаніе онаго, за полезное находя, просимъ дозволить каждому въ своемъ собственномъ имѣніи имѣть власть какъ при жизни кому кто пожелаетъ отдать, такъ и по жизни его кому предѣлитъ, въ томъ быть неоспоримо; кромѣ единственно тѣхъ, кои имѣютъ мужескъ или женскъ полъ дѣтей, ибо каждый отецъ и мать въ дѣтяхъ своихъ властны, слѣдовательно, наказуя ихъ, могутъ и воздержать; а посторонняго, слѣдуемаго къ ихъ имѣнію, наслѣдника не можно“.

Такимъ образомъ, въ отличіе отъ всѣхъ предыдущихъ наказовъ, наказъ Псковскій предлагаетъ установить обязательныхъ наслѣдниковъ въ лицѣ дѣтей, на „недостоинство“ которыхъ родители, по мнѣнію составителей наказа, жаловаться не имѣютъ права, имѣя власть—а слѣдовательно и обязанность—направлять ихъ воспитаніе. Въ сущности Псковскій

наказъ ближе всего къ проектированному нынѣ порядку—свободѣ завѣщаній съ обязательными долями необходимыхъ наслѣдниковъ.

Идея, діаметрально противоположная Псковскому наказу, но также несогласная съ закономъ, недозволяющимъ дѣлать завѣщанія относительно имѣній родовыхъ, выражена въ дворянскихъ наказахъ уѣздовъ: *Верейскаго* (Московской губерніи, Сборн. Р. И. О., т. IV, стр. 369) и *Ржево-Володимерскаго* (Московской, нынѣ Тверской губерніи, ibid., т. XIV, стр. 288). Оба эти наказа допускаютъ свободу для завѣщательныхъ распоряженій родителей при распредѣленіи ихъ имущества между дѣтьми. *Верейскій* наказъ мотивируетъ свое ходатайство желаніемъ поддержать повиновеніе и почтеніе дѣтей къ родителямъ, *Ржевскій* объясненій не представляетъ.

Ближе всего къ разсмотрѣннымъ выше 9-ти наказамъ подходятъ наказы: *Веневскій* (Московской, нынѣ Тульской губ.) *Новосильскій* (Бѣлгородской, нынѣ также Тульской губ.) и *Кинешемскій* (Московской, нынѣ Костромской губ.).

Веневскій наказъ (Сб. Р. И. О., т. IV, стр. 343), согласно съ Тульскимъ, отдаетъ предпочтеніе родственникамъ по матери передъ болѣе отдаленными родственниками по отцу, что совершенно противорѣчитъ коренному началу института родовыхъ имуществъ. Кромѣ того *Веневскій* наказъ высказывается за предоставленіе супругамъ права завѣщать другъ другу все свое имущество. *Кинешемскій* (ibid., стр. 418) и *Новосильскій* (ibid. т. LXVIII, стр. 488 и 489) наказы полагаютъ предоставить супругамъ такое же право, но лишь при отсутствіи дѣтей. *Новосильскій* наказъ, кромѣ того, ограничиваетъ права рода предоставленіемъ бездѣтному вдовому супругу—при отсутствіи завѣщанія—вмѣсто $^1/_4$ и $^1/_7$ наслѣдуемаго имущества половины всего движимаго и четверти недвижимаго; *Кинешемскій* наказъ возвышаетъ указную часть вдоваго супруга съ $^1/_7$ до $^1/_4$.

Ограниченіе правъ рода возвышеніемъ долей наслѣдственнаго имущества, предоставляемаго по закону вдовымъ супругамъ и дочерямъ наслѣдодателя, предлагается еще дворянскими наказами уѣздовъ: *Судиславскаго* (ibid. т. IV, стр. 283),

Кашинскаго (ibid., стр. 471), *Парѳеньевскаго* (ibid., т. XIV, стр. 487), *Старооскольскаго* (ibid., LXVIII, стр. 603), *Данковскаго* (ibid., стр. 342). *Кашинскій* и *Старооскольскій* (Бѣлгородской, нынѣ Курской губ.) наказы высказываются за предоставленіе вдовымъ супругамъ $^1/_4$ всякаго имущества. *Судиславскій* наказъ (Московской, нынѣ Костромской губ.) предлагаетъ то же самое, но лишь въ случаѣ бездѣтности наслѣдодателя, *Данковскій* наказъ (Воронежской, нынѣ Рязанской губ.) супругамъ, какъ бездѣтнымъ, такъ и съ дѣтьми полагаетъ $^1/_5$ недвижимаго и $^1/_4$ движимаго имущества наслѣдодателя; дочерямъ умершаго наказъ предлагаетъ назначать въ половину противъ супруга. *Парѳеньевскій* наказъ (Архангелогородской, нынѣ Костромской губ.) полагаетъ возвысить указную часть бездѣтныхъ супруговъ, овдовѣвшихъ послѣ перваго брака до $^1/_2$ въ благопріобрѣтенномъ имуществѣ наслѣдодателя и до $^1/_4$ въ родовомъ.

Наказъ *Мещовскаго* дворянства (Московской, нынѣ Калужской губ.; ibid., т. VIII, стр. 519) проситъ о назначеніи дочерямъ наслѣдодателя, наравнѣ съ ихъ матерями, $^1/_7$ части имущества—безъ сомнѣнія недвижимаго.

Собственно по вопросу объ институтѣ родовыхъ имуществъ важнѣе отмѣтить желанія, высказанныя дворянскими наказами: *Волоколамскимъ* (Московской губ.; Сб. Р. И. О., т. IV стр. 242), *Переславль-Залѣсскимъ* (Московской, нынѣ Владимірской губ.; ibid., т. VIII, стр. 496), *Симбирскимъ* (sic) (Казанской губ., нынѣ Симбирскъ губернскій городъ; ibid. т. LXVIII, стр. 7) и *Рыльскимъ* (Бѣлгородской, нынѣ Курской губ.; ibid., стр. 623) объ „обновителяхъ родовъ“, т. е. о сокращеніи родовыхъ линій.

Въ *Волоколамскомъ* наказѣ говорится коротко: „чтобы приходящія въ роды ихъ наслѣдствомъ и по приданству имѣнія положенія имѣли, съ котораго времени уже имъ счисляться того роду, въ который они вошли; дабы чрезъ то утвердить оставшимъ на всегда спокойное имъ владѣніе“.

Изъ послѣдняго выраженія можно заключить, что законы о родовыхъ имуществахъ и о правѣ выкупа этихъ имуществъ мѣшали „спокойному владѣнію“ собственностью. *Рыльскій*

наказъ нѣсколько болѣе разъясняетъ дѣло. Въ немъ говорится: „Общество дворянское иногда притѣсняется въ дѣлахъ наслѣдственныхъ, происходящихъ отъ дальнихъ своихъ предковъ по мужскимъ и женскимъ колѣнамъ... Не безполезно мнится....: наслѣдственную линію каждаго дома дворянства, нынѣ владѣющаго имѣніемъ поставить обновителемъ своей фамиліи, огранича, до коего колѣна по мужскому и женскому происходить и право наслѣдственной линіи имѣть".

Но наиболѣе отчетливое и обстоятельное изложеніе этого предмета мы найдемъ въ наказахъ *Переславль-Залѣсскаго* уѣзда и *Синбирскаго*. Послѣдній наказъ повторяетъ предыдущій съ небольшими сокращеніями въ объясненіяхъ, иногда употребляя тѣ же самыя выраженія. Поэтому достаточно будетъ привести выдержку изъ Переславскаго наказа „общество дворянское—говорится въ 3-мъ пунктѣ этого наказа—какъ въ дѣлахъ наслѣдственныхъ, происходящихъ отъ дальнихъ своихъ предковъ, и умножившихся отъ нихъ въ разныхъ родахъ по мужскимъ и женскимъ колѣнамъ происхожденіяхъ.... Мы же, видя надъ нами нынѣ благополучно царствующую нашу всемилостивѣйшую Государыню, управляющую нами матернимъ милосердіемъ, мудрую кротостію и тихостію, входящую подробно во всѣ наши недостатки, прибѣгнувъ подъ самодержавную Ея И. В. власть, не соизволитъ ли Ея И. В—во за полезное принять слѣдующее: наслѣдственную линію лучшимъ и точнѣйшимъ образомъ объяснить, нежели въ прежнихъ законахъ было, и точно сказать, до коего колѣна по женской линіи наслѣдство простираться должно? А къ тому не было бъ ли полезно, если сдѣлать обновителя въ родѣ, отъ кого бы линія наслѣдства шла, а далѣе его не восходитъ. Напримѣръ, если то за полезно принято будетъ, и въ законѣ постановлено, то нынѣшняго время вотчинники должны быть всѣ обновители, и до правнука идетъ линія наслѣдства, и получаютъ кто кому по родству или свойству ближе. А праправнукъ, вошедшій въ совершенный возрастъ, проситъ о себѣ, чтобъ поставленъ былъ обновителемъ всего своего движимаго и недвижимаго имѣнія, кое онъ имѣетъ отъ своихъ

прапрадѣда и прапрабабки, и потомъ уже наслѣдство идетъ отъ него, хотя бъ онъ бездѣтенъ и умеръ, то уже получаетъ тотъ, кто ему по родству или свойству ближе. А въ случаѣ томъ, если объявленный праправнукъ умретъ, не будучи поставленъ обновителемъ своего имѣнія, то наслѣдникъ его получаетъ, какъ все его имѣніе, такъ же и право просить о постановленіи себя въ обновители; а прапрабабки его деревни, какъ онѣ изъ другаго рода вышедшія, назадъ не возвращаются, потому что уже обновителемъ введены въ его фамилію, а съ того рода отъ давнихъ лѣтъ выбыло, да и тѣ, кои претендентами бъ были, они уже сами дальніе свойственники, а чрезъ то натурально всякаго рода могущіе быть вымыслы къ своему притяженію и присвоенію себѣ наслѣдствъ прекратятся, и тѣмъ повсемѣстно дѣлъ меньше будетъ“ [1]).

Слѣдуетъ прибавить, что и во время созванія Екатерининской коммисіи нѣкоторая часть дворянства сознавала, что институтъ родовыхъ имуществъ не въ состояніи поддержать значеніе рода или, какъ тогда говорили, *фамиліи*: въ наказахъ дворянства *Московскаго* (т. IV, стр. 228 и 229), *Волоколамскаго* (ibid., стр. 242), *Переславль-Залѣсскаго* (т. VIII, стр. 496 и 497) и *Рыльскаго* (т. LXVIII, стр. 624) уѣздовъ встрѣчаемъ ходатайства о дозволеніи „дворянству для сохраненія своей фамиліи завѣщаніе чинить“ (слова *Волоколамскаго* наказа). Подробнѣе другихъ излагается такое предложеніе въ наказѣ *Рыльскаго* уѣзда: позволить владѣющимъ „имѣніемъ назначить, что пожелаютъ, одну или двѣ изъ своихъ деревень фидѣкоммисъ (sic), то есть, фамильную и никогда изъ рода не выходящую; и какого бъ распутнаго житія наслѣдникъ ни случился, не имѣлъ бы власти оную ни продать ни заложить, и никому ту купить и подъ закладъ

---

[1]) Не трудно замѣтить, что приведенное предложеніе *Переславльскаго* и *Симбирскаго* наказовъ почти совпадаетъ съ проектированнымъ въ послѣднее время редакціонною коммисіею по составленію гражданскаго уложенія ограниченіемъ права на полученіе наслѣдства въ боковыхъ линіяхъ родственниками ближайшихъ разрядовъ. Разница оказывается въ томъ, что названные наказы считаютъ наслѣдственныя права лишь за родственниками первыхъ 4-хъ разрядовъ (редакц. коммисія признаетъ права на наслѣдство и за 5-ымъ и за 6-ымъ разрядами).

взять, ежели кто не захочетъ своихъ денегъ потерять, развѣ только за одни государственные долги и преступленія фамилія того лишается".

Я привелъ мнѣнія составителей тѣхъ наказовъ, въ которыхъ можно найти отрицательное отношеніе къ институту родовыхъ имуществъ или, по крайней мѣрѣ, къ нѣкоторымъ сторонамъ этого института, къ нѣкоторымъ послѣдствіямъ его примѣненія. Но противъ мысли о томъ, будто этотъ институтъ отвѣчаетъ общему правосознанію, можно прибавить къ сказанному свидѣтельство нѣкоторыхъ изъ наказовъ, относящихся къ институту далеко не отрицательно и даже прямо высказывающихся за его сохраненіе. Такъ *Парѳеньевскій* наказъ, о которомъ уже сказано выше, что онъ предлагалъ нѣкоторое увеличеніе указной доли бездѣтныхъ вдовыхъ супруговъ, овдовѣвшихъ послѣ перваго брака, мотивируя такое предложеніе ссылается на обходы закона, которые совершаютъ „мужья, любя своихъ женъ". Подобные же обходы свидѣтельствуются дворянскими наказами уѣздовъ *Дорогобужскаго* (Смоленской губ., т. XIV, стр. 439 и 440), *Нижнеломовскаго* (Воронежской, нынѣ Пензенской губ., т. LXVIII, стр. 429), *Данковскаго* (ibidem, стр. 343).

Такимъ образомъ эти наказы, не дѣлая изъ свидѣтельствуемыхъ ими фактовъ тѣхъ выводовъ, къ которымъ пришли наказы Вяземскій и Псковскій, не становясь, какъ стали эти два наказа, во враждебное отношеніе къ институту родовыхъ имуществъ требованіемъ свободы завѣщательныхъ распоряженій, примыкаютъ къ нимъ въ изложеніи отношеній населенія къ закону. Это обстоятельство даетъ намъ право обобщить указываемое явленіе и утверждать, что и во многихъ другихъ мѣстахъ многіе люди относились къ связывающему ихъ закону о родовыхъ имуществахъ отрицательно.

Затѣмъ необходимо сказать, что въ весьма многихъ изъ неупомянутыхъ здѣсь наказовъ говорится о законахъ о родовыхъ имуществахъ, какъ о чемъ то неподлежащемъ реформѣ, не требующемъ даже никакихъ измѣненій, большая же часть дворянскихъ наказовъ—какъ и наказы другихъ сословій—вопросовъ о родовыхъ имуществахъ вовсе не касаются.

Другія сословія этихъ вопросовъ дѣйствительно и не касались (О городскихъ наказахъ см. Латкина: Законодательныя коммисіи въ Россіи въ XVIII столѣтіи, стр. 483 и 484). Составители дворянскихъ наказовъ, не поминавшіе вовсе объ институтѣ родовыхъ имуществъ, быть можетъ не задумывались вовсе о его достоинствахъ и недостаткахъ, или и совсѣмъ не признавали послѣднихъ и потому именно ничего о немъ не говорили. Во всякомъ случаѣ нужно признать, что за реформу или отмѣну института высказалось лишь меньшинство дворянскихъ наказовъ. А были и такіе наказы, которые требовали дальнѣйшаго развитія одной изъ невыгоднѣйшихъ сторонъ института—права выкупа родовыхъ имуществъ, проданныхъ въ чужіе роды. А именно наказы: *Галицкій* (Архангелогородской, нынѣ Костромской губ., т. XIV, стр. 493), *Ефремовскій* (Воронежской, нынѣ Тульской губ., т. LXVIII, стр. 472) и прежде помянутый *Данковскій* (ibid., стр. 343) ходатайствуютъ о дозволеніи дѣтямъ при жизни ихъ родителей выкупать имѣнія, проданныя сими послѣдними въ чужіе роды.

Представляется вопросъ: какой выводъ можно сдѣлать изъ всѣхъ представленныхъ выше фактовъ? Меньшинство составителей дворянскихъ наказовъ, сознававшихъ недостатки института родовыхъ имуществъ, было немалочисленно, но всетаки это меньшинство, и выраженное въ процентахъ общаго числа наказовъ даетъ величину незначительную. Нѣтъ ли основанія предположить, что и нынѣ оказалось бы такое же соотношеніе въ числѣ недовольныхъ и довольныхъ законами о родовыхъ имуществахъ, и потому эти законы отвѣчаютъ правосознанію, если не всего общества, то значительной части его? Или, напротивъ, можно найти указаніе, что сто слишкомъ лѣтъ назадъ были особыя причины, располагавшія весьма многихъ считать разсматриваемые законы справедливыми—причины, которыхъ теперь и слѣда не осталось. Интересно прочитать тѣ объясненія, которыя приведены въ одномъ изъ помянутыхъ сейчасъ наказовъ—именно въ *Данковскомъ*—за предложеніе расширить право выкупа родовыхъ имѣній. Вотъ что тамъ говорится:

„У многихъ дѣти, внуки и правнуки бываютъ при живыхъ отцахъ въ службѣ, имѣютъ заслугою свое иждивеніе, а протчіе, женатые, женины капиталы, а инымъ и въ малолѣтствѣ могутъ родственники дать деньги на выкупъ, а отецъ или мать, но не для какой грубости дѣтской можетъ по какой крайней необходимости продастъ или заложитъ въ чужой родъ и придетъ въ бѣдность, такъ въ срокъ не выкупитъ, а чтобы учинитца при живыхъ родителяхъ, толькобъ съ воли ихъ, выкупъ, Закону Божію не противно. А егда ни дѣтямъ, внукамъ и правнукамъ нынѣ при живыхъ не дозволено, то другой той фамиліи утверждено по законамъ въ срокъ выкупать же и, по выкупѣ, пользоватца станетъ, а ближнее самое рожденіе... не выкупаетъ и *при жизни ихъ придутъ*, какъ ихъ родители, и *дѣти ихъ всѣ въ совершеннную нищету и безъ пропитанія находитца* и со своими родительми могутъ“...

Въ этихъ словахъ выражается особенность стараго землевладѣнія: съ небольшими деньгами приходится впасть „въ совершенную нищету“ и остаться „безъ пропитанія“, а если на тѣже деньги пріобрѣсти имѣніе, то при крѣпостномъ трудѣ пропитаніе найдется и для владѣльца и для его родителей! Можно ли теперь съ такою увѣренностью обращать небольшія средства или еще занятыя деньги на покупку имѣній? При крѣпостномъ правѣ, чтобы сохранить наслѣдственное имѣніе, нужно было не прокутить его, не проиграть его въ карты. Теперь, чтобы сохранить имѣніе, нужно приложить къ нему трудъ, знаніе и капиталъ. Замѣняя свой трудъ трудомъ нанятаго управителя, требуется еще болѣе капитала.

Часто землевладѣлецъ долженъ на время, иногда значительное, отказаться отъ доходовъ съ имѣнія, стало быть жить съ капитала, или службою, или вообще отъ какого нибудь труда.

Въ старое время имѣніе, доставшееся отъ рода, рѣзко отличалось отъ благопріобрѣтеннаго: послѣднее нажито владѣльцемъ, первое досталось ему даромъ отъ рода—справедливо его въ родъ и передать. Теперь и родовое въ сущности благо-

пріобрѣтенное: часто родовое имущество сохраняется и улучшается на капиталы жены владѣльца—какому же роду оно принадлежитъ по справедливости?

Если 137 лѣтъ назадъ могло оказаться столько сознательныхъ противниковъ института родовыхъ имуществъ, то считать этотъ институтъ при настоящихъ условіяхъ землевладѣнія отвѣчающимъ общему правосознанію, полагаю, слишкомъ рискованно.

А. Вороновъ.

ЛИТЕРАТУРНОЕ ОБОЗРѢНІЕ.

Къ вопросу объ отвѣтственности министровъ.

I.

Richard Passow, Das Wesen der Ministerverantwortlichkeit in Deutschland. Eine staatsrechtliche Studie, Tübingen. 1904.

Министръ подлежитъ нравственной отвѣтственности за свои дѣйствія и упущенія не только какъ частное лицо, но и какъ высшее должностное лицо государства. Это значитъ, что онъ долженъ помириться съ критической оцѣнкой его дѣйствій и нести послѣдствія этой оцѣнки. Поскольку рѣчь идетъ о публичной критикѣ должностной дѣятельности министра, эту нравственную отвѣтственность называютъ политической. Если указанная критика осуществляется народнымъ представительствомъ, за которымъ признано право дѣлать министрамъ запросы, то говорятъ объ отвѣтственности парламентарной. Отъ этой морально-политической рѣзко отличается отвѣтственность правовая или юридическая. Она имѣется налицо, когда правопорядокъ связываетъ съ извѣстнымъ поведеніемъ юридическія послѣдствія, и когда отдѣльное лицо отвѣчаетъ за то, чтобы избѣжать такое поведеніе.

Кромѣ нравственно-политической отвѣтственности министръ, подобно другимъ должностнымъ лицамъ, подлежитъ и юридической отвѣтственности, какъ уголовной, такъ и гражданской. Большинство государствъ не довольствуется однако тѣмъ, чтобы поставить министровъ въ отношеніи ихъ отвѣтственности въ одинаковое съ прочими должностными лицами положеніе, а подчиняетъ ихъ еще большей отвѣтственности.

Установленныя для этой цѣли правила различны въ зависимости отъ различія формъ правленія: абсолютной, сословной, или конституціонной монархіи—съ преобладаніемъ монарха, или парламента. Въ абсолютной монархіи къ политической, уголовной или гражданской отвѣтственности министровъ присоединяется еще дисциплинарная отвѣтственность передъ монархомъ, какъ ихъ служебнымъ начальствомъ, дающимъ имъ порученія. Но эта отвѣтственность министровъ не есть специфическая, на нихъ однихъ возложенная. Они раздѣляютъ ее съ прочими должностными лицами. Напротивъ того, политическая отвѣтственность министровъ въ абсолютной монархіи мало выступаетъ наружу. „Въ абсолютной монархіи, писалъ Бисмаркъ, никто кромѣ суверена не принимаетъ въ отвѣтственности за политику такого участія, которое могло бы быть доказано; если монархъ принимаетъ или утверждаетъ роковое рѣшеніе, то нѣтъ возможности судить, является ли оно результатомъ собственной его воли или результатомъ вліянія, которое оказали на монарха различныя особы мужского или женскаго пола, адъютанты, придворные, политическіе интриганы, льстецы, болтуны. Высочайшая подпись покрываетъ въ концѣ концовъ все; какъ она добыта, этого никто не знаетъ“. Несмотря на то, что отвѣтственность министра въ абсолютной монархіи представляется болѣе узкой, нежели отвѣтственность министра конституціоннаго, тѣмъ не менѣе первый находится въ болѣе зависимомъ и опасномъ положеніи. По словамъ Роберта фонъ-Моля „исторія конституціонныхъ государствъ показываетъ гораздо меньшее число министровъ, по процессамъ удаленныхъ или иначе наказанныхъ, нежели такихъ, которые по капризу или вслѣдствіе интриги были въ абсолютной монархіи удалены, сосланы, брошены въ тюрьму или даже казнены“.

Настоящая отвѣтственность министровъ въ техническомъ смыслѣ этого слова возникаетъ лишь въ монархіи конституціонной, т. е. въ такихъ государствахъ, гдѣ монархъ является единственнымъ носителемъ государственной власти, но въ осуществленіи отдѣльныхъ правъ онъ связанъ представляющей весь народъ коллегіей. Конституціонная монархія признаетъ принципъ безотвѣтственности монарха. „Личность монарха священна и неприкосновенна“—это стереотипное постановленіе конституцій. Но конституціи исключаютъ лишь *правовую* отвѣтственность; *морально* же и король отвѣчаетъ за конституціонность и законность своихъ дѣйствій и даже за ихъ цѣлесообразность. „Передъ Богомъ и исто-

ріей не существуетъ безотвѣтственности“ (Блунчли). Что и монархъ обязанъ сообразоваться съ законами есть несомнѣнно дѣйствующее правило современнаго государственнаго права.

Большинство конституцій прямо признаетъ его, требуя отъ монарха передъ вступленіемъ его на престолъ присяги конституціи и законамъ страны. Безотвѣтственность монарха удержана, однако, конституціями не по мистическимъ соображеніямъ, а по соображеніямъ цѣлесообразности, именно прочность государственнаго управленія была бы поколеблена, если бы надъ главою его производилось слѣдствіе, или если бы онъ былъ осужденъ. Противовѣсомъ этой безотвѣтственности конституціоннаго монарха является политическая и правовая отвѣтственность министровъ. Но въ основѣ этого не лежитъ допускаемой будто бы правопорядкомъ фикціи, что монархъ вообще не можетъ совершить правонарушенія, и что, слѣдовательно, всякое правонарушеніе должно быть отнесено на счетъ министра. Такъ не можетъ быть понимаемо положеніе „The king can do no wrong“. „Такъ какъ фикція о неизмѣнной любви монарха къ праву психологически абсурдна и противорѣчитъ исторіи всѣхъ временъ, то она является плохимъ обоснованіемъ института (отвѣтственности министровъ), который служитъ главною основою всей системы ограниченной монархіи“.

Принципъ отвѣтственности однихъ только министровъ не означаетъ также того, чтобы ихъ наказывали за нарушенія, совершенныя королемъ (Prügelknabentheorie). Столь же ложнымъ представляется ученіе, согласно которому король лишь властвуетъ, осуществленіе же этого права принадлежитъ исключительно министрамъ.

Истинное значеніе вышеприведеннаго начала заключается въ слѣдующемъ. Хотя монархъ и является единственнымъ носителемъ государственной власти, но чтобы воспрепятствовать тому, чтобы онъ подъ защитой своей безотвѣтственности не нарушалъ законовъ, всѣ конституціи постановляютъ, что рѣшенія его въ государственныхъ дѣлахъ тогда лишь пріобрѣтаютъ юридическое значеніе, когда онъ пользуется своими министрами какъ органами, когда министръ контрасигнатурой своей даетъ внѣшнее выраженіе своему согласію на правительственные акты монарха и принимаетъ черезъ это на себя отвѣтственность за ихъ содержаніе. На ряду съ этимъ министръ отвѣчаетъ и за все происходящее въ его вѣдомствѣ. Но отвѣтственность за контрасигнированные имъ указы монарха имѣетъ наибольшее значеніе. Она имѣетъ огромныя государственно-правовыя послѣдствія.

Въ абсолютной монархіи всякая отвѣтственность министра за отправленіе имъ должности отпадаетъ, разъ только распоряженія его покрыты подписью монарха; напротивъ того, конституціонализмъ прямо воспрещаетъ министру ссылаться въ какомъ бы то ни было случаѣ на приказанія монарха. Это вытекаетъ изъ существа отвѣтственности министровъ, которая прежде всего должна служить коррективомъ безотвѣтственности монарха.

Въ нѣкоторыхъ конституціяхъ это послѣдствіе прямо выражено. Отвѣтственность министра не должна обращаться въ иллюзію, благодаря тому, что онъ прикроется безотвѣтственнымъ монархомъ. Но если хотятъ возложить на министра такую отвѣтственность, то необходимо, чтобы онъ занималъ въ отношеніи монарха болѣе самостоятельное положеніе, нежели другія должностныя лица, которыя получаютъ отъ своего начальства приказы и обязаны приводить ихъ въ исполненіе.

Министръ поэтому вправѣ, а иногда и обязанъ отказать въ своей контрасигнатурѣ. Такъ, напр., Art. 7 баварскаго закона объ отвѣтственности министровъ отъ 4 іюня 1848 г. постановляетъ, что если глава министерства считаетъ предлагаемое ему должностное дѣйствіе противозаконнымъ или вреднымъ для блага страны, то онъ обязанъ отклонить его, т. е. отказать въ своей контрасигнатурѣ. Онъ вправѣ изложить основанія своего отказа въ совѣтѣ министровъ, протоколъ котораго представляется королю. Кромѣ того, въ то время какъ другое должностное лицо лишь по опредѣленнымъ основаніямъ и въ опредѣленный срокъ можетъ оставить должность съ согласія начальствующаго учрежденія, конституціонный министръ имѣетъ право во всякое время отказаться отъ своей должности, если онъ не желаетъ нести связанной съ нею отвѣтственности.

Съ другой стороны, монарху предоставлено право увольнять своихъ министровъ во всякое время по своему свободному усмотрѣнію. Это вытекаетъ изъ принципа монархіи, ибо если бы монархъ не имѣлъ этого права, то онъ не былъ бы больше властелиномъ, онъ вполнѣ зависѣлъ бы отъ своихъ министровъ, такъ какъ безъ ихъ контрасигнатуры онъ не можетъ предпринять никакихъ правительственныхъ дѣйствій.

Какъ же осуществляется отвѣтственность конституціоннаго министра? Министръ подлежитъ прежде всего парламентарной отвѣтственности, которая получаетъ въ конституціонномъ государствѣ такое значеніе, о которомъ прежде не имѣли понятія. Съ тече-

ніемъ времени парламентская отвѣтственность, охватывающая не только конституціонность и законом*ѣ*рность, но и *цѣлесообразность* министерскихъ дѣйствій, получаетъ все большее и большее значеніе и въ наше время вліяніе ея несравненно больше, нежели вліяніе отвѣтственности правовой.

Гражданская и уголовная отвѣтственность конституціонныхъ министровъ является не меньшей, нежели отвѣтственность прочихъ должностныхъ лицъ. Для осуществленія уголовной отвѣтственности создавались даже особыя гарантіи. Въ виду сомнѣнія въ независимости и безпристрастіи обыкновенныхъ судовъ, въ случаѣ обвиненія министровъ къ суду надъ ними и въ германскихъ государствахъ часто призываются высшіе суды страны или учреждается для этого особый верховный судъ. Народному представительству предоставляется право въ общихъ преступленіяхъ возбуждать противъ министровъ обвиненіе, во избѣжаніе опасности, что преслѣдованіе не будетъ возбуждено вслѣдствіе давленія правительства на публичнаго обвинителя.

Напротивъ того, дисциплинарная отвѣтственность министровъ въ монархіи конституціонной теряетъ свое практическое значеніе. Она становится излишней въ виду права монарха во всякое время по своему собственному усмотрѣнію уволить министра противъ его воли. Если министръ окажется виновнымъ въ такомъ дѣяніи, которое въ отношеніи другихъ должностныхъ лицъ даетъ поводъ къ возбужденію дисциплинарнаго производства, то монархъ можетъ уволить министра, не будучи обязанъ возбуждать противъ него длинную процедуру дисциплинарнаго суда.

Наряду съ уголовной, гражданской и политическо-парламентарной отвѣтственностью существуетъ однако еще особаго рода правовая отвѣтственность министровъ. Положеніе, которое занимаетъ министръ, какъ высшее должностное лицо въ государствѣ, и власть, которая дана ему въ руки, даютъ поводъ къ опасенію, что онъ воспользуется своимъ положеніемъ и властью для дѣйствій, хотя и не подходящихъ подъ постановленія уголовнаго кодекса, но которыя являются опасными и вредными для государства безъ того, чтобы монархъ, съ согласія котораго онъ можетъ быть дѣйствуетъ, уволилъ его отъ должности. „Нарушеніе конституціи“, „нарушеніе закона“ и наконецъ „причиненіе вреда государственному благу“ не составляютъ предусмотрѣннаго въ уголовномъ кодексѣ проступка; лишь въ особо квалифицированныхъ законом*ъ* случаяхъ они получаютъ характеръ наказуемаго деликта. Но чтобы

гарантировать государство и отъ такого рода дѣяній, многія конституціи ввели еще особую государственно-правовую отвѣтственность министровъ. Эта государственно-правовая отвѣтственность существуетъ въ отношеніи государства, но осуществляется она народнымъ представительствомъ. При двухпалатной системѣ обвиненіе, смотря по конституціямъ, возбуждается либо обѣими камерами вмѣстѣ, либо каждою изъ нихъ самостоятельно, либо же только нижнею палатою. Монарху осуществленіе этого права не можетъ быть предоставлено, такъ какъ государственно-правовая отвѣтственность именно и должна воспрепятствовать тому, чтобы при намѣреніи монарха нарушить конституцію ему помогалъ въ этомъ отвѣтственный министръ. Если министръ окажется виновнымъ въ нарушеніи конституціи, а народное представительство сочтетъ это нарушеніе настолько существеннымъ, что возбудить противъ министра обвиненіе, то конституціи устанавливаютъ на этотъ случай не уголовныя наказанія, такъ какъ рѣчь идетъ не объ уголовной отвѣтственности. Государственно-правовыя послѣдствія отвѣтственности министровъ суть лишь удаленіе отъ должности и отъ службы независимо, впрочемъ, отъ того, имѣется ли налицо умыселъ или одна только неосторожность. Послѣдствія эти являются, конечно, вредомъ для министра и носятъ поэтому характеръ наказаній. Но не это соображеніе служитъ мотивомъ осужденія. Не наказаніе министра, а обезпеченіе интересовъ государства является задачей постановленій о государственно-правовой отвѣтственности министровъ. Цѣль эта вполнѣ достигается удаленіемъ виновнаго министра отъ должности и власти. Нѣтъ надобности поэтому въ уголовныхъ наказаніяхъ. Природа государственно-правовой отвѣтственности подсказываетъ учрежденіе для такого рода процессовъ особыхъ судовъ, которые носили бы въ себѣ гарантіи независимости и безпристрастія. Эту роль довѣряютъ часто верхней палатѣ или высшему суду государства, на которые и возлагается судъ надъ министрами. Изъ существа дѣла вытекаетъ далѣе, что въ случаяхъ обвиненія министровъ право аболиціи монарха не должно имѣть мѣста, иначе постановленія конституціи объ отвѣтственности министровъ легко обратятся въ иллюзію. То же нужно сказать о правѣ помилованія; оно допустимо лишь съ согласія народнаго представительства.

Однѣ конституціи ограничиваютъ отвѣтственность министровъ лишь случаями нарушенія конституціи, другія распространяютъ ее на случай нарушенія законовъ вообще и третьи наконецъ уста-

новляютъ *правовую* отвѣтственность и для случаевъ причиненія „вреда“ государству. Но въ то время какъ распространеніе государственно-правовой отвѣтственности на случаи нарушенія обыкновенныхъ законовъ уничтожаетъ лишь границы между этими послѣдними и законами конституціонными, установленіе правовой отвѣтственности за нарушеніе государственнаго благополучія имѣетъ принципіальное значеніе. Нарушено ли постановленіе конституціи или законъ, это можетъ рѣшить судъ sine ira et studio по чисто объективнымъ признакамъ, отвѣтъ же на вопросъ, повредилъ ли министръ своими дѣйствіями или упущеніями благу государства, всецѣло зависитъ отъ субъективныхъ политическихъ взглядовъ и тенденцій судей и *долженъ* отъ нихъ зависѣть, такъ какъ объективнаго масштаба для этого не существуетъ. Въ послѣднемъ случаѣ отъ состава судей зависитъ, лишена ли будетъ упомянутая отвѣтственность всякаго практическаго значенія, или же отношенія исполнительной власти и законодательной будутъ измѣнены въ пользу послѣдней.

Лишь парламентарная и государственно-правовая отвѣтственность конституціонныхъ министровъ подходитъ подъ понятіе отвѣтственности министровъ въ техническомъ смыслѣ слова, ибо ихъ дисциплинарная, уголовная и гражданская отвѣтственность существенно не отличаются отъ отвѣтственности всякаго другого должностного лица. Лишь въ конституціонномъ государствѣ министръ, благодаря требованію контрасигнатуры и вслѣдствіе связанныхъ съ нею и изъ нея вытекающихъ постановленій государственнаго права, занимаетъ отличное отъ другихъ должностныхъ лицъ положеніе, и лишь здѣсь поэтому создаются условія однимъ мини-страмъ свойственной отвѣтственности. „Исторія отвѣтственности министровъ, какъ основного института государственнаго права, совпадаетъ съ исторіей конституціонной монархіи; лишь вмѣстѣ съ ней созданы были тѣ особенныя условія, которыя въ послѣдствіяхъ своихъ привели къ этому своеобразному институту“ (Hauke).

Въ монархіяхъ съ фактическимъ господствомъ парламента отвѣтственность министровъ отличается отъ отвѣтственности ихъ въ конституціонномъ г-вѣ съ „монархическимъ принципомъ“ прежде всего тѣмъ, что политически-парламентарная отвѣтственность играетъ здѣсь еще большую роль, нежели въ государствахъ конституціонныхъ.

Тамъ, гдѣ воля парламента (главнымъ образомъ нижней палаты) если не юридически, то фактически призываетъ и смѣняетъ мини-

стровъ, тамъ мнѣніе народнаго представительства имѣетъ натурально рѣшающее значеніе. Рядомъ съ этой политически-парламентарной отвѣтственностью правовая отвѣтственность министровъ—уголовная ли или государственно-правовая—не имѣетъ непосредственнаго практическаго значенія. Тамъ, гдѣ путемъ вотированія недовѣрія можно свергнуть министерство, тамъ нѣтъ надобности для достиженія этой цѣли избирать длинный путь судебнаго процесса. Но, съ другой стороны, самыя постановленія о правовой отвѣтственности принадлежатъ къ числу моментовъ, сообщающихъ важное значеніе и отвѣтственности политически-парламентарной въ томъ отношеніи, что побуждаютъ министровъ безъ дальнѣйшаго подчиняться волѣ парламента. Такъ какъ извѣстно, что оппозиціонное большинство, если министры добровольно не уйдутъ, возбудитъ противъ нихъ обвиненіе, за которымъ послѣдуетъ осужденіе, то министры остерегаются вызвать процессъ. Своимъ господствующимъ положеніемъ англійская нижняя палата въ немалой степени обязана многочисленнымъ процессамъ надъ министрами. Рядомъ съ этимъ и другіе моменты и прежде всего обширныя финансовыя права парламента имѣютъ вліяніе на то, что министерство, имѣющее противъ себя враждебно настроенное большинство, не можетъ долго управлять страною. Эти бюджетныя права и юридическая отвѣтственность являются тою почвою, на которой выросло рѣшающее значеніе критики дѣятельности министровъ народными представителями.

По дѣйствующему въ отдѣльныхъ германскихъ государствахъ законодательству отвѣтственность министровъ можетъ быть слѣдующимъ образомъ характеризована.

Во всѣхъ монархическихъ государствахъ дѣйствуетъ принципъ безотвѣтственности монарха.

Безотвѣтственности монарха соотвѣтствуетъ начало политически парламентарной отвѣтственности министровъ.

Внѣшнимъ выраженіемъ этой отвѣтственности является контрасигнатура министровъ. Нѣкоторымъ законодательнымъ собраніямъ предоставлено право приносить монарху жалобы на министровъ. Кромѣ этого права жалобы и наряду съ политически-парламентарной отвѣтственностью конституціи Баваріи, Саксоніи, Вюртемберга, Ольденбурга, Брауншвейга, Бадена и др. устанавливаютъ *юридическую* отвѣтственность министровъ. Эта юридическая отвѣтственность является не уголовной, а государственно-правовой. Обвиненіе можетъ быть возбуждено, вообще говоря, лишь вслѣдствіе на-

рушенія конституціи. Обращаютъ на себя однако вниманіе гораздо дальше идущія постановленія баденской конституціи. Здѣсь обвиненіе министровъ можетъ быть возбуждено и вслѣдствіе „тяжкаго нарушенія безопасности и благосостоянія государства". Министры— это, независимо отъ ихъ титула, тѣ должностныя лица, которыя, будучи непосредственно подчинены монарху, ведутъ самостоятельно дѣла управленія или управляютъ отдѣльнымъ вѣдомствомъ. Право обвиненія министровъ принадлежитъ народному представительству. Тамъ, гдѣ возбужденіе обвиненія противъ министровъ обусловливается согласіемъ обѣихъ палатъ, тамъ практическое значеніе обвиненія министровъ весьма незначительно, ибо верхнія палаты рѣдко даютъ на это свое согласіе. Обвиненіе не падаетъ, если послѣ возбужденія его министръ оставитъ должность. По нѣкоторымъ законодательствамъ право обвиненія министровъ покрывается короткою давностью: въ Баденѣ—трехлѣтнею съ момента, когда нарушеніе стало извѣстно ландтагу; въ Ольденбургѣ—въ четыре года, Брауншвейгѣ—въ шесть лѣтъ, Вальдекѣ—въ два года.

Иныя законодательства позаботились о томъ, чтобы отсрочкою и закрытіемъ ландтага правительство не препятствовало открытію и продолженію процессовъ надъ министрами. Въ нѣкоторыхъ государствахъ возбужденіе обвиненія противъ министровъ влечетъ за собою устраненіе ихъ отъ должности. Рѣшеніе постановляется особыми судами (Staatsgerichtshof). Порядокъ производства дѣлъ въ этомъ судѣ опредѣляется спеціальными постановленіями.

Условіемъ осужденія является по однѣмъ конституціямъ наличность одного лишь нарушенія конституціи, по другимъ, напротивъ того, нарушеніе умышленное или неосторожное. Юридическія послѣдствія, устанавливаемыя обыкновенно судомъ, суть удаленіе отъ должности или отъ службы. Рѣшенія суда не подлежатъ обжалованію.

Конституціонная исторія германскихъ государствъ знаетъ лишь весьма немного случаевъ возбужденія обвиненія противъ министровъ. Ни одинъ изъ нихъ при томъ не кончился осужденіемъ. Это не умаляетъ однако практическаго значенія изложенныхъ постановленій. Еще Моль писалъ, что было бы крайне неправильно оцѣнивать это значеніе по числу возбуждаемыхъ или еще менѣе того по числу кончившихся осужденіемъ процессовъ. Случаи эти являются исключеніемъ; правило же заключается въ томъ, что наклонность къ нарушеніямъ еще до обнаруженія ея подавляется въ виду существованія закона объ отвѣтственности.

Далѣе Passow обращается къ постановленіямъ имперской конституціи объ отвѣтственности германскаго канцлера и къ проекту закона объ этой отвѣтственности, внесенному въ рейхстагъ одною изъ его партій. По ст. 17 германской союзной конституціи „императору принадлежитъ промульгація (Ausfertigung) и публикація имперскихъ законовъ и надзоръ за ихъ исполненіемъ. Приказы и распоряженія императора издаются именемъ имперіи и для своей дѣйствительности нуждаются въ контрасигнатурѣ имперскаго канцлера, который принимаетъ на себя черезъ это отвѣтственность“. Изъ буквальнаго смысла этого постановленія вытекаетъ, что рѣчь идетъ объ отвѣтственности политическо-парламентарной, и что ни рейхсканцлеръ съ его замѣстителемъ, ни штатгальтеръ Эльзаса и Лотарингіи юридической отвѣтственности не подлежатъ. Установленная конституціей отвѣтственность заключается лишь въ томъ, что означенныя лица должны защищать и оправдывать свою должностную дѣятельность передъ союзнымъ совѣтомъ и рейхстагомъ. По проекту рейхстагъ можетъ возбудить противъ имперскаго канцлера обвиненіе въ случаѣ нарушенія имъ конституціи или „блага имперіи“. Составъ суда надъ нимъ назначается въ началѣ каждой легислатуры рейхстагомъ, однако, не изъ числа своихъ членовъ и не изъ членовъ союзнаго совѣта. Обвиняемый можетъ отвести 12 членовъ изъ двадцати четырехъ безъ указанія основаній. Возбужденіе обвиненія рейхстагомъ влечетъ за собою устраненіе канцлера отъ должности до конца процесса. Въ случаѣ осужденія канцлеръ теряетъ должность и, можетъ быть, кромѣ того, лишенъ права занимать и другія публичныя должности. Право помилованія и смягченія наказанія можетъ быть осуществлено лишь по предложенію рейхстага.

Passow не высказывается прямо противъ этого проекта, хотя относится къ нему скептически. Авторъ считаетъ прежде всего неправильными указанія на то, что рѣчь идетъ о пропускѣ въ постановленіяхъ имперской конституціи, который необходимо будто бы восполнить. Онъ утверждаетъ, что редакція ст. 17 вполнѣ входила въ намѣренія составителей конституціи. Поправка къ ней, гласившая, что „отвѣтственность и необходимое для осуществленія ея производство будутъ опредѣлены особымъ закономъ“ была отклонена союзнымъ совѣтомъ. Конституція желала установить и установила одну только парламентарную отвѣтственность имперскаго канцлера, но отнюдь не юридическую. Невѣрно, будто бы политически-парламентарная отвѣтственность не имѣетъ никакого прак-

тическаго значенія. Безспорно, писалъ уже тридцать лѣтъ тому назадъ Трейчке, что „министерство, если оно хочетъ быть полезнымъ для законодательства, должно расчитывать на поддержку парламента. Лишь ложное бюрократическое самомнѣніе противится признать силу нашихъ парламентовъ, давно сдѣлавшуюся фактомъ. Въ чиновничьихъ кругахъ считается еще позорнымъ отступить передъ вотированіемъ палатами недовѣрія. Къ счастью человѣческая бренность министровъ приходитъ на помощь парламентаризму. Постоянныя нападки парламента обыкновенно разстраиваютъ нервную систему неудержимаго министра; онъ начинаетъ хворать, устраиваетъ изъ приличія нѣкоторую паузу и подаетъ наконецъ по соображеніямъ нездоровья въ отставку. Что ближайшее будущее будетъ съ улыбкой относить эту лихорадку министровъ къ дѣтскимъ болѣзнямъ нашей парламентарной жизни, въ этомъ не можетъ быть никакого сомнѣнія“. Въ этомъ же смыслѣ высказывается Лабандъ: „Огромное развитіе политической или парламентарной отвѣтственности, неизмѣримое вліяніе публичности, критика и контроль, которымъ подвергаются всѣ дѣйствія правительства въ парламентѣ, въ прессѣ всѣхъ партій, въ собраніяхъ и ферейнахъ, за пивнымъ столомъ, кеглями и т. д. уменьшили въ значительной степени значеніе юридической отвѣтственности министровъ. Ни одинъ министръ не можетъ освободиться отъ обязанности отвѣчать публично по поводу принятыхъ имъ мѣръ, несмотря на то, что нѣтъ въ конституціи постановленія, которое бы прямо его къ этому обязывало. Это расширеніе парламентской дѣятельности, распространеніе ея на всѣ отрасли управленія, образованіе политической прессы, быстрота передачи извѣстій суть пріобрѣтенія главнымъ образомъ второй половины 19 столѣтія. Они имѣютъ своимъ послѣдствіемъ то, что политическая отвѣтственность министровъ отодвинула на задній планъ и сдѣлала излишней отвѣтственность юридическую“. Passow полагаетъ, что если проектъ сталъ бы закономъ, то имперская конституція была бы существенно измѣнена въ своихъ основаніяхъ: императоръ и союзный совѣтъ были бы лишены почти всего своего вліянія и рейхстагъ сталъ бы единственно господствующимъ факторомъ, ибо если бы имперскій канцлеръ отвѣчалъ юридически не только за нарушеніе конституціи, но и за всякій „вредъ“, причиненный „благу“ имперіи, если бы онъ отвѣчалъ кромѣ того за всѣ политическія дѣйствія и упущенія императора, если бы рейхстагъ имѣлъ возможность путемъ возбужденія обвиненія устранять имперскаго канцлера во всякое время

отъ должности, если бы его судилъ далѣе судъ, назначаемый исключительно его обвинителемъ-рейхстагомъ и если бы судъ этотъ по своему усмотрѣнію—„причиненіе вреда благу имперіи“ есть понятіе весьма растяжимое—лишалъ бы канцлера его должности, то императоръ сталъ бы маріонеткой имперскаго канцлера, а канцлеръ маріонеткой рейхстага; тогда германская имперія перестала бы быть государствомъ съ „монархическимъ принципомъ“ и перешла бы къ крайнему парламентарному режиму, который былъ бы гораздо болѣе демократическимъ, нежели напримѣръ форма правленія въ Англіи, ибо германская имперія имѣетъ болѣе либеральную систему избирательнаго права, нежели Англія.

II.

Arthur Teutsch, Die Ministerverantwortlichkeit in Bayern. Inaugural-Dissertation 1903.

Въ изложеніи книги Пассова выясненъ былъ характеръ отвѣтственности министровъ, какъ отвѣтственности государственно-правовой.

Наказанія баварскаго закона объ отвѣтственности министровъ обусловливаются степенью виновности и послѣдствіями нарушенія обязанностей, такъ что можно утверждать, что законодатель въ данномъ вопросѣ не освободился отъ уголовно-правовыхъ представленій. Это вытекаетъ также изъ того, что законъ говоритъ о „наказаніи„ и что общія правила уголовнаго процесса примѣнимы также къ производству передъ верховнымъ судомъ. Но законъ не перечисляетъ отдѣльныхъ преступленій, какъ въ уголовномъ кодексѣ и употребляетъ выраженіе „быть отвѣтственнымъ“.

Законодатель не упустилъ такимъ образомъ изъ виду политической цѣли института и законъ заключаетъ въ себѣ поэтому смѣсь уголовно-правовыхъ и государственно-правовыхъ воззрѣній. Но подъ вліяніемъ имперскихъ законовъ о судоустройствѣ отвѣтственность министровъ въ Баваріи получила характеръ государственно-правовой, такъ какъ верховный судъ не признается имперскими законами судомъ уголовнымъ.

Въ догматической части своего изслѣдованія авторъ останавливается на вопросахъ о контрасигнатурѣ, личности обвиняемаго, предметѣ обвиненія, обвинителѣ, судѣ, процессѣ и приговорѣ надъ министрами, какъ они разрѣшены дѣйствующимъ въ настоящее время въ Баваріи законодательствомъ.

Контрасигнатура это вторая подпись на актѣ, исходящемъ отъ короля и содержащемъ въ себѣ правительственное распоряженіе, именно подпись того министра, въ вѣдомство котораго входитъ распоряженіе. Нѣкоторыя распоряженія, касающіяся, напр., закрытія парламента, требуютъ подписи всѣхъ министровъ. Контрасигнатуры не требуется въ приказахъ короля министрамъ—это res interna; при пожалованіи орденовъ и почетныхъ отличій, при выраженіяхъ личныхъ мнѣній монарха, при осуществленіи имъ высшаго командованія арміей, исключая, однако, акты военнаго управленія, которые требуютъ контрасигнатуры; наконецъ, при отреченіи короля отъ престола. Контрасигнатура, напротивъ того, необходима при назначеніи министровъ и при осуществленіи права помилованія. Условіемъ отвѣтственности министровъ является, однако, не контрасигнатура, а нарушеніе законовъ, ибо министры отвѣчаютъ не только за дѣйствія, но и за упущенія, которыя, очевидно, контрасигнированы быть не могутъ. Но контрасигнатура является условіемъ дѣйствительности королевскихъ распоряженій. Королевскій приказъ, изданный безъ контрасигнатуры министра, лишенъ обязательной силы и не подлежитъ исполненію, какъ не въ надлежащемъ порядкѣ состоявшійся. Должностное лицо, приведшее его въ исполненіе, отвѣчаетъ за злоупотребленіе должностью и не можетъ ссылаться на обязанность служебнаго повиновенія.

Контрасигнатура имѣетъ цѣлью установить лицо, которое несетъ отвѣтственность за данное правительственное дѣйствіе. Она служитъ доказательствомъ участія даннаго министра, но не доказательствомъ противъ участія другихъ министровъ, которые отвѣчаютъ также точно какъ и первый, если допустили мѣру, нарушающую законы. Черезъ контрасигнатуру министръ принимаетъ на себя отвѣтственность за подписанный имъ правительственный актъ, такъ какъ онъ одобрилъ его содержаніе. Онъ отвѣчаетъ такимъ образомъ не за чужую, а за свою собственную вину. Въ отношеніи подписанныхъ имъ актовъ министръ не можетъ ссылаться на приказъ короля; онъ можетъ отказаться отъ контрасигнатуры и отклонить ее безъ всякаго для себя вреда. Принятіе на себя министромъ отвѣтственности во всѣхъ отношеніяхъ свободно. Никто не обязанъ принимать на себя постъ министра; отъ этой должности всегда можно отказаться.

Если монархъ воспользуется своимъ правомъ увольненія, то министръ сохраняетъ свое содержаніе.

Обвиненіе можетъ быть возбуждено только противъ министровъ,

т. е. противъ такихъ лицъ, которыя непосредственно подчинены королю и находятся съ нимъ въ непосредственныхъ сношеніяхъ. Если соучастникомъ въ нарушеніи закона министромъ является другое должностное лицо, то производство противъ нихъ не можетъ быть соединено въ верховномъ судѣ. Должностное лицо подлежитъ дисциплинарному суду; министръ же подсуденъ суду верховному. За коллегіально принятыя противозаконныя мѣры отвѣчаютъ всѣ согласившіеся на нихъ министры. Обвиненіе должно быть возбуждено въ такомъ случаѣ противъ всѣхъ участниковъ.

Предмстомъ обвиненія министровъ служатъ дѣйствія или упущенія министровъ, посредствомъ которыхъ нарушены законы. Подъ законами слѣдуетъ понимать тѣ общія распоряженія государственной власти, которыя касаются свободы и собственности гражданъ. Обвиненіе въ покушеніи на нарушеніе закона не можетъ имѣть, однако, мѣста. Отвѣтственность не распространяется также на случаи нарушенія королевскихъ распоряженій. Если нарушеніе закона заключаетъ въ себѣ вмѣстѣ съ тѣмъ и должностное преступленіе, предусмотрѣнное уголовнымъ кодексомъ, то это не измѣняетъ подсудности верховному суду. Послѣдній обсуждаетъ дѣяніе не съ точки зрѣнія уголовнаго права, а съ точки зрѣнія права государственнаго; онъ не примѣняетъ уголовныхъ наказаній, а установляетъ государственно-правовыя послѣдствія.

Наряду съ производствомъ въ верховномъ судѣ противъ министра можетъ быть поэтому возбуждено уголовное преслѣдованіе и это не будетъ противорѣчить принципу ne bis in idem.

Для возбужденія обвиненія необходимо въ Баваріи согласное постановленіе объ этомъ обѣихъ палатъ. Предложеніе должно исходить отъ членовъ палаты и передается въ одну изъ коммисій палаты. Эта коммисія разсматриваетъ вопросъ о томъ, входитъ-ли предложеніе въ кругъ вѣдомства парламента и свое заключеніе вноситъ въ палату, которая рѣшаетъ, подлежитъ-ли предложеніе дальнѣйшему обсужденію. Послѣднее можетъ быть отвергнуто и по основаніямъ политическимъ, хотя бы нарушеніе закона со стороны министра и имѣлось налицо. Если предложенію данъ ходъ, то оно идетъ въ другую коммисію, которая еще разъ провѣряетъ фактическій составъ обвиненія и если найдетъ, что предложеніе имѣетъ основанія, то формулируетъ обвинительные пункты. Для провѣрки матеріала можетъ быть назначена еще третья коммисія и если заключеніе ея неблагопріятно для министра, то палата, въ случаѣ одобренія его заключенія коммисіи, избираетъ обвинителей. Такой

же порядокъ соблюдается и въ томъ случаѣ, когда предложеніе вносится въ верхнюю палату. Если, такимъ образомъ, постановленіе обѣихъ палатъ состоялось, то оно представляется королю, который передаетъ его президенту верховнаго суда. Это есть, по мнѣнію автора, самый слабый пунктъ закона объ отвѣтственности министровъ въ Баваріи. Участіе короля, даже какъ передаточной инстанціи, не должно бы имѣть мѣста. То обстоятельство, что преданіе министра суду зависитъ не отъ одной, а отъ двухъ палатъ достаточно обезпечиваетъ зрѣлость рѣшенія. Монархъ, не передавшій постановленія палатъ президенту суда, нарушаетъ, конечно, конституцію, въ вѣрности которой онъ присягалъ. Но парламентъ не имѣетъ никакого законнаго средства побудить его соблюсти въ данномъ случаѣ требованіе конституціи.

Если бы парламентъ пожелалъ отказаться отъ обвиненія, то для этого необходимо снова согласное постановленіе обѣихъ палатъ.

Отсрочка и роспускъ парламента не имѣютъ вліянія на ходъ дѣла по обвиненію министровъ. О давности не имѣется никакихъ постановленій; правила же уголовнаго кодекса въ данномъ отношеніи непримѣнимы, такъ какъ сроки давности пріурочены въ немъ къ дѣленію преступныхъ дѣяній на преступленія, проступки и нарушенія, подъ которыя трудно подвести дѣянія, влекущія за собою отвѣтственность министровъ.

На основаніи состоявшагося постановленія парламента о преданіи суду министра, король долженъ устранить его отъ должности.

Судъ надъ министрами учреждается при высшемъ судѣ изъ президента его, 6 членовъ и 12 присяжныхъ засѣдателей. Составъ суда обезпечиваетъ безпартійное, безпристрастное и справедливое разсмотрѣніе дѣла. Система тѣхъ государствъ, гдѣ нижняя палата является обвинителемъ, а верхняя судомъ, не заслуживаетъ подражанія, такъ какъ политическое собраніе не приспособлено для производства суда и постановки приговора. Такъ какъ въ Баваріи обвиненіе министровъ обусловливается лишь наличностью правонарушенія, то противъ состава суда нечего возразить. Если бы обвиненіе распространялось на случаи нецѣлесообразныхъ дѣйствій, нарушенія блага страны, то въ составѣ суда долженъ былъ бы больше преобладать элементъ политическій, нежели судейскій или по крайней мѣрѣ оба фактора должны были бы быть одинаково представлены. Но и въ процессѣ о правонарушеніи должны

были бы участвовать одинъ или два политическихъ дѣятеля, такъ какъ профессіональные судьи лишены часто политическаго опыта, недостаточно знакомы съ принципами, обычаями и формами веденія государственныхъ дѣлъ и кромѣ того склонны къ рабскому поклоненію буквѣ закона.

Присяжные засѣдатели разрѣшаютъ вопросы факта, профессіональные судьи—вопросы права.

Авторъ, вообще нерасположенный къ суду присяжныхъ, высказывается также и противъ участія ихъ въ судѣ надъ министрами.

Наилучшимъ по своей организаціи кажется ему de lege ferenda такой судъ, который бы состоялъ изъ пяти профессіональныхъ судей и двухъ политическихъ дѣятелей, избираемыхъ по одному каждою палатою, однако не изъ числа депутатовъ.

Судопроизводство опредѣляется правилами уголовнаго процесса, посколько они не измѣнены закономъ 1850 года о судѣ и производствѣ при обвиненіяхъ противъ министровъ. Исключеніе существуетъ въ отношеніи представителя обвиненія. Прокуратура не участвуетъ въ процессахъ надъ министрами. Чины прокуратуры подчинены служебнымъ распоряженіямъ ихъ начальства. Стоящій во главѣ прокуратуры министръ юстиціи могъ бы предписать чинамъ прокурорскаго надзора не возбуждать или не поддерживать противъ себя или его коллегъ обвиненія. Отвѣтственность министровъ обратилась бы, благодаря этому, въ иллюзію. Обвиненіе въ судѣ надъ министрами поддерживаютъ поэтому избранные палатами уполномоченные. Обвиняемые могутъ избрать себѣ столько защитниковъ, сколько имѣется уполномоченныхъ обвиненія. Выборъ защитника не подлежитъ никакимъ ограниченіямъ. Неявка обвиняемаго не останавливаетъ разсмотрѣнія дѣла. Если бы оказалось на лицо менѣе тридцати присяжныхъ засѣдателей, то засѣданіе откладывается. Производство дѣла регулируется началами обвинительнаго процесса, который построенъ на принципахъ устности и гласности. Послѣдняя неограничена. Случаи устраненія гласности, допустимые въ уголовномъ процессѣ, не имѣютъ мѣста въ судѣ надъ министрами. Правительство не можетъ отказать обвиняемому въ представленіи служебныхъ приказовъ, необходимыхъ ему для оправданія себя, хотя этимъ и нарушалась бы, благодаря неограниченной гласности, служебная тайна.

Приговоръ провозглашается именемъ короля и долженъ быть мотивированъ. Онъ заключаетъ въ себѣ либо оправданіе, либо об-

виненіе. Въ послѣднемъ случаѣ министръ, по степени виновности его, приговаривается либо къ удаленію отъ должности съ сохраненіемъ пенсіи, либо къ увольненію отъ нея безъ пенсіи, либо же, наконецъ, къ исключенію изъ службы. Въ первыхъ двухъ случаяхъ министръ можетъ занять должность по другому вѣдомству, въ послѣднемъ же онъ никакихъ государственныхъ должностей занимать болѣе не можетъ. Приговоръ тотчасъ же входитъ въ законную силу. Обжалованію онъ не подлежитъ. Eo ipso министръ теряетъ свою должность. Особаго приказа объ увольненіи не требуется. Помилованіе не можетъ имѣть мѣста. По приведеніи приговора надъ министромъ въ исполненіе, возстановленіе его въ правахъ возможно лишь съ согласія парламента. Издержки производства, въ случаѣ осужденія, падаютъ на счетъ обвиняемаго; въ случаѣ оправданія—на счетъ казны, но отнюдь не на счетъ парламента, который не имѣетъ имущества.

М. Горенбергъ.

ЗАМѢТКИ.

1. Пожизненное пользованіе. Замѣтка на гражданскую хронику профессора М. Я. Пергамента въ ноябрьской книжкѣ „Вѣстника Права“.

Разбирая въ хроникѣ ноябрьской книжки стр. 298—306 Вѣстника Права за 1904 годъ мою замѣтку о пожизненномъ владѣніи, помѣщенную въ мѣстной Nordlivländisdhe Zeitung отъ 28 октября 1904 года № 242, мой многоуважаемый сотоварищъ, профессоръ М. Я. Пергаментъ останавливается на вопросѣ о томъ, подлежитъ ли удовлетворенію заявленное въ Прибалтійскомъ краѣ начальнику крѣпостного отдѣленія ходатайство объ укрѣпленіи права „пожизненнаго владѣнія“ и, находя, что „пожизненнаго владѣнія“ въ Прибалтійскомъ сводѣ нѣтъ, разрѣшаетъ поставленный выше вопросъ отрицательно, между тѣмъ какъ я въ своей вышеприведенной замѣткѣ настаивалъ на томъ, что начальникъ крѣпостного отдѣленія и мѣстный (Юрьево-Верроскій) мировой съѣздъ должны были удовлетворить заявленное имъ ходатайство.

Мое разногласіе съ профессоромъ М. Я. Пергаментомъ я объясняю себѣ только тѣмъ, что я, приходя къ вышесказанному выводу, имѣлъ въ виду точно опредѣленный, конкретный случай, между тѣмъ какъ профессоръ М. Я. Пергаментъ разсуждаетъ теоретически.

Я вполнѣ раздѣляю взглядъ профессора М. Я. Пергамента, что въ III томѣ свода мѣстныхъ узаконеній института „пожизненнаго владѣнія“ (въ смыслѣ lebenslänglicher Besitz, а не Nutzniessung, Niessbrauch) нѣтъ и, не смотря на это, нахожу, что въ томъ конкрет-

номъ случаѣ, который я имѣлъ въ виду, начальникъ крѣпостного отдѣленія и съѣздъ неправильно поступили, отказавъ во внесеніи въ крѣпостныя книги того договора, который стороны назвали договоромъ пожизненнаго владѣнія.

Подтвержденіе тому, что профессоръ М. Я. Пергаментъ не имѣлъ въ виду того договора, который послужилъ поводомъ для моей газетной замѣтки, я вижу въ томъ, что профессоръ М. Я. Пергаментъ говоритъ, что начальникъ крѣпостного отдѣленія не могъ внести въ крѣпостныя книги „пожизненное владѣніе“, какъ совокупность извѣстныхъ правомочій, такъ какъ стороны ихъ содержанія „не опредѣлили“. Между тѣмъ въ томъ договорѣ, который вызвалъ мою замѣтку. и который сторонами названъ договоромъ пожизненнаго владѣнія, прямо сказано, что, отдавая недвижимость въ пожизненное владѣніе, собственникъ недвижимости предоставляетъ право пользоваться недвижимостью и въ частности доходами, получаемыми путемъ отдачи ея въ наемъ, взамѣнъ чего другая сторона обязуется уплачивать городскіе и казенные сборы, налоги и подати, страховую премію, проценты по долгамъ и кромѣ того содержать недвижимость въ исправности (§§ 1 и 2 договора), другими словами, стороны подробно опредѣлили совокупность тѣхъ правомочій, о внесеніи которыхъ подъ именемъ пожизненнаго владѣнія въ крѣпостныя книги онѣ ходатайствовали.

Для начальника крѣпостного отдѣленія не должно было подлежать никакому сомнѣнію, что составлявшія предметъ договора вышеперечисленныя права и обязанности составляютъ отличительные признаки извѣстнаго мѣстному праву института „пользованія“ (Niessbrauch, Nutzniessung), и начальнику крѣпостного отдѣленія въ данномъ, конкретномъ случаѣ вовсе не представлялось надобности прибѣгать къ изслѣдованіямъ значенія, содержанія объема подлежащихъ внесенію правъ по чужимъ кодексамъ.

При такомъ положеніи дѣла вопросъ въ данномъ случаѣ сводился къ тому, въ правѣ ли былъ начальникъ крѣпостного отдѣленія отказать во внесеніи въ крѣпостныя книги договора, содержаніемъ коего ясно и опредѣленно устанавливается право пожизненнаго пользованія, но которой сторонами названъ договоромъ пожизненнаго владѣнія? На этотъ вопросъ можетъ быть данъ только отрицательный отвѣтъ.

Неправильная квалификація сторонами юридической сдѣлки не дѣлаетъ ея недѣйствительной; jura novit curia. Затѣмъ терминъ владѣніе въ русскомъ языкѣ употребляется сплошь и рядомъ вмѣсто

термина „пользованіе“, не только въ разговорной рѣчи, не только въ X и другихъ томахъ свода законовъ (ст. 24 городового положенія, ст. 155 св. устава о пошл. и мн. др.), но и спеціально въ III томѣ Прибалтійскихъ законовъ, какъ это подтверждается сопоставленіемъ, напр., статей 1742 и 1743. Формальное отношеніе мѣстныхъ начальника крѣпостного отдѣленія и мирового съѣзда къ сдѣлкѣ вполнѣ законной по своему содержанію и отказъ во внесеніи въ крѣпостныя книги такой сдѣлки только потому, что вмѣсто юридическаго термина стороны употребили, такъ сказать, „ходячее“ выраженіе и послужили главнымъ поводомъ къ моей замѣткѣ въ Nordlivländische Zeitung.

Проф. М. Я. Пергаментъ обосновываетъ отказъ въ записи тѣмъ, что пожизненное владѣніе на основаніи X т. не должно быть внесено въ ипотечныя книги остзейскаго края, съ чѣмъ я вполнѣ согласенъ. Но дѣло въ томъ, что въ упомянутомъ договорѣ вовсе нѣтъ ссылки на т. X, и поэтому начальникъ крѣпостного отдѣленія и мировой съѣздъ, какъ сказано, обязаны были установить, что то, что названо обывателемъ пожизненнымъ владѣніемъ, соотвѣтствуетъ пожизненному пользованію мѣстнаго права и поэтому подлежитъ записи. Однако крѣпостное отдѣленіе смотрѣло иначе на свои обязанности и отказало въ записи даже такихъ договоровъ, по которымъ, на основаніи мѣстнаго права, устанавливалось пожизненное пользованіе недвижимымъ имуществомъ (т. III св. м. у. ст. 1208 и сл.), въ которыхъ мимоходомъ замѣчено, что оно соотвѣтствуетъ пожизненному владѣнію 1 ч. X св. зак. и ususfructus римскаго права. Такимъ образомъ крѣпостное отдѣленіе отказываетъ въ записи договора, заключеннаго на основаніи дѣйствующаго мѣстнаго права, несмотря на то, что право, о внесеніи коего заявлено, вполнѣ опредѣленное, спеціальное и недвусмысленное. Полагаю, что многоуважаемый сотоварищъ мой, съ теоретическими разсужденіями котораго я вполнѣ соглашаюсь, съ своей стороны согласится со мною, что отказъ этотъ неоснователенъ и что надо надѣяться, что гражданскій кассаціонный департаментъ отмѣнитъ опредѣленіе юрьевскаго мирового съѣзда, установивъ законность заявленія о записи вышеозначенныхъ договоровъ въ ипотечныя книги остзейскаго края.

И. Энгельманъ.

2. Дѣло доктора Забусова.

(Выдержка изъ сообщенія, сдѣланнаго 21 декабря 1904 г. въ обществѣ больничныхъ врачей С.-Петербурга).

14 марта 1904 г. на далекой окраинѣ Россіи, въ г. Асхабадѣ, начальникъ мѣстной казачьей бригады генералъ-маіоръ Ковалевъ пригласилъ къ себѣ спѣшно старшаго врача средне-азіатской желѣзной дороги, д-ра Забусова для подачи медицинской помощи. Прибывши къ Ковалеву, д-ръ Забусовъ былъ радушно принятъ этимъ послѣднимъ, приглашенъ къ столу, за которымъ сидѣлъ нѣкто Самохненко, служащій Средне-Азіатской желѣзной дороги; генералъ Ковалевъ нѣсколько разъ предлагалъ д-ру выпить вина, но получалъ отказъ; д-ръ Забусовъ, видя генерала Ковалева совершенно здоровымъ, сталъ недоумѣвать о причинахъ столь страннаго спѣшнаго приглашенія; изъ недоумѣнія онъ былъ выведенъ нападеніемъ 6 ражихъ дѣтинъ-казаковъ, выбѣжавшихъ изъ сосѣдней комнаты и бросившихся на беззащитнаго врача; послѣдовала всѣмъ извѣстная сцена дикаго истязанія врача розгами, при чемъ озвѣрѣвшіе исполнители воли генерала Ковалева били Забусова нарочито жестоко, нанося ему удары и по животу. По окончаніи экзекуціи, безъ какого бы то ни было объясненія со стороны режиссера-Ковалева, д-ръ Забусовъ былъ одѣтъ и полумертвымъ доставленъ на домъ.

Это первый актъ забусовской драмы, наименѣе тяжкій, наименѣе важный, какъ это ни кажется парадоксальнымъ съ перваго взгляда; актъ этотъ—истязаніе тѣла Забусова. Я не буду на немъ останавливаться такъ какъ онъ извѣстенъ всѣмъ.

Я перехожу сразу ко 2-му акту къ истязанію духа Забусова.

Оправившись отъ истязанія д-ръ Забусовъ ждетъ, томительно ждетъ момента, когда онъ предстанетъ предъ судомъ лицомъ къ лицу со своимъ обидчикомъ, скажетъ ему всю гнусность его ничѣмъ неоправдываемаго изувѣрства, отведетъ душу, реабилитируетъ себя предъ обществомъ. Проходитъ безконечныхъ 8 мѣсяцевъ, казавшихся д-ру Забусову 8 годами, и вотъ случайно, повидимому, изъ газетъ узнаетъ онъ, что въ Тифлисѣ, въ тысячахъ верстъ отъ его и Ковалева мѣста жительства, какіе то пріѣзжіе изъ Питера важные генералы разбирали въ его отсутствіи подвиги Ковалева. Результатомъ этого своеобразнаго суда было признаніе Ковалева

виновнымъ въ нанесеніи Забусову побоевъ, не имѣвшихъ характеръ истязанія, преступленіи, высшая кара за которое ниже другого, съ военной точки зрѣнія, болѣе крупнаго преступленія: онъ загрязнилъ руки чистыхъ и невинныхъ младенцевъ, казаковъ—его подчиненныхъ, заставивши ихъ исполнить нѣчто не входящее въ кругъ ихъ повседневныхъ обязанностей и непредусмотрѣнное службою; правда, былъ избитъ штатскій, такъ что и осквернилъ Ковалевъ руки своихъ молодцовъ не очень то, и вотъ почему, хотя онъ и превысилъ власть, но, повидимому, случай съ Забусовымъ не изъ особенно важныхъ, а посему, сохранивъ за нимъ въ виду Высочайшаго Манифеста, чины, ордена, и главное надежду на то, что когда заткнутъ ротъ докучной прессѣ и обыватели, усмиренные тѣми же молодцами-казаками, перейдутъ къ своимъ обывательскимъ дѣламъ, онъ опять получитъ обратно службу, столь полезную для родины, петербургскіе генералы рѣшились уволить Ковалева отъ обязанностей этой службы. Вотъ результатъ суда надъ генераломъ Ковалевымъ. Каковы причины, обусловившіе этотъ результатъ? Для выясненія ихъ обратимся прежде всего, къ оффиціальному сообщенію.

Изъ Асхабада „Р. Сл.“ сообщаютъ: „Повѣренный избитаго нагайками д-ра Забусова получилъ изъ Петербурга отъ главнаго военнаго прокурора генерала Маслова слѣдующую телеграмму: „Прошеніе ваше о допущеніи истцомъ въ дѣлѣ генерала Ковалева по упущенію въ судѣ заслушано не было. Предписано доставить вамъ копію приговора, послѣ ознакомленія съ которою вы въ правѣ въ теченіе недѣльнаго срока со дня полученія копіи просить о возстановленіи срока для подачи жалобы. Будетъ-ли подана жалоба,—прошу меня увѣдомить“.

Вношу поправку въ газетное сообщеніе: въ телеграммѣ главнаго прокурора было сказано не „прошеніе ваше—по упущенію въ судѣ заслушано не было“, а „прошеніе ваше.... по упущенію не было въ виду у суда“.

И такъ причины, корень психическаго насилія учиненнаго надъ Забусовымъ судомъ, помѣшавшаго ему требовать законнаго удовлетворенія въ законномъ порядкѣ, корень этотъ найденъ—это классическое, столько разъ уже выручавшее насильниковъ всѣхъ племенъ, временъ и ранговъ—*упущеніе*, случайное упущеніе. Никто не виноватъ—упущеніе всегда возможно; помилуйте, всѣ такъ завалены работою, какъ не проглядѣть какую то бумаженку. Это упущеніе, происшедшее въ судѣ, назначенномъ для разсмотрѣнія

одного только дѣла, именно того, въ которомъ произошло это упущеніе и въ своемъ dossier имѣвшемъ лишь нѣсколько бумаженокъ и пару другую драгоцѣнныхъ генеральскихъ рекомендательныхъ и хвалебныхъ по адресу обвиняемаго писемъ, напоминаетъ мнѣ не менѣе оригинальное упущеніе, съ которымъ мнѣ пришлось столкнуться въ личной практикѣ.

Въ Иркутскѣ года 3 тому назадъ слушалось дѣло нѣкоего купца Горѣлова, обвинявшагося въ томъ, что съ бандою присныхъ онъ упростилъ до геніальности дѣло добыванія золота изъ пріисковъ; купилъ за грошъ клочекъ земли подлѣ богатаго золотомъ пріиска одного Т-ства, водрузилъ на ней контору и объявилъ рабочимъ съ сосѣдняго пріиска, что за золото, которое они, найдя на сосѣднемъ пріискѣ, принесутъ ему—онъ дастъ на 25 к. съ золотника больше. И рабочіе разумѣется, повалили къ нему съ чужимъ золотомъ. Большихъ усилій стоило уличить Горѣлова и компанію но все же уличили и предали суду, оставивъ Горѣлова на свободѣ подъ залогъ чуть ли не въ 200.000 руб. Слушаться дѣло должно было не въ Иркутскѣ, а на пріискахъ на рѣкѣ Бодайбо, притокѣ Лены, а до Бодайбо ѣзды зимою на лошадяхъ, въ одинъ конецъ, дней 10. Собрался судъ, увѣдомилъ свидѣтелей, собралъ канцелярію и поѣхалъ. Ѣхали разумѣется, для разсмотрѣнія только одного горѣловскаго дѣла, ѣхали 10 дней, мерзли, доѣхали. Собрались открыть засѣданіе, хватились дѣла—а его какъ разъ то и нѣтъ. Секретарь объяснилъ, что писецъ *по упущенію* не захватилъ дѣла съ собою. Что оставалось дѣлать? Поговорили о скандалѣ, прогнали писца, и вернулись назадъ. И все снова потекло гладко и чисто въ Иркутскомъ судѣ.

Упущеніе въ дѣлѣ Ковалева, разумѣется, тоже повлечетъ за собою увольненіе одного или двухъ писцовъ или точнѣе дисциплинарное взысканіе, такъ какъ писцы въ военно-судебномъ управленіи—военные писаря, да выговоръ болѣе или менѣе невиновному непосредственному ихъ начальнику.

Но это все неважно; даже если бы и былъ здѣсь въ Питерѣ какой нибудь стрѣлочникъ виноватъ, то все же остается непонятнымъ, какимъ образомъ господа судьи, не вызвавшіе Забусова въ качествѣ потерпѣвшаго за отсутствіемъ соотвѣтствующаго прошенія съ его стороны, не вызвали его въ качествѣ свидѣтеля по дѣлу?

Вѣдь вызовъ свидѣтеля всецѣло зависитъ отъ прокурорскаго надзора, который и въ гражданскомъ судѣ, а тѣмъ болѣе въ воен-

номъ, не пойдетъ противъ желанія судей дополнить списокъ вызываемыхъ обвиненіемъ свидѣтелей? Да и помимо судей, прокуроръ, составлявшій обвинительный актъ, почему онъ нашелъ ненужнымъ для обвиненія Ковалева настоять на вызовѣ въ качествѣ свидѣтеля обвиненія жертву преступленія—д-ра Забусова. Хотѣлъ бы я видѣть прокурора не военнаго суда, который отказался бы отъ вызова жертвы преступленія! Да это бы была такая гага avis, такой прокуроръ, на котораго товарищи пальцами бы показывали, онъ сталъ бы притчею во языцехъ.

Для того, чтобы было понятно дальнѣйшее, необходимо сдѣлать нѣкоторое отступленіе и изложить процедуру, результатомъ которой Ковалева судили въ Тифлисѣ въ то время какъ Забусовъ и его повѣренный Хонинъ ожидалъ въ Асхабадѣ вызова въ судъ.

Преданіе суду генерала на дѣйствительной службѣ по п. 5 562 ст. устава военно-судебнаго совершается по постановленію главнаго военнаго суда, находящагося въ С.-Петербургѣ. Дѣло Ковалева пришло въ Петербургъ лишь въ іюлѣ мѣсяцѣ, такъ какъ по разслѣдованію прокурорскаго надзора, возбужденнаго жалобою Забусова, первоначально привлеченъ къ отвѣтственности наряду съ Ковалевымъ былъ и случайный свидѣтель истязанія Самохненко—лицо, не состоящее на военной службѣ. Пока выяснялось участіе Самохненко въ дѣлѣ, да шли пререканія о подсудности дѣла Ковалева военному или гражданскому суду, прошло нѣсколько мѣсяцевъ. Въ Питеръ дѣло попало не въ урочное время. Дѣло въ томъ, что вопросъ о преданіи суду разрѣшается въ главномъ военномъ судѣ при наличности законнаго его состава—то есть 3 судей изъ однихъ лишь постоянныхъ его членовъ; временные члены главнаго военнаго суда въ разрѣшеніи вопросовъ о преданіи суду не участвуютъ. Лѣтомъ же въ вакаціонное время налицо почти никогда нѣтъ трехъ постоянныхъ членовъ изъ военнаго суда. Съѣхались они лишь въ октябрѣ, когда и былъ рѣшенъ вопросъ о преданіи Ковалева суду по обвиненію его въ истязаніяхъ, причиненныхъ Забусову, и превышеніи власти, выразившемся въ дачѣ противозаконнаго приказанія казакамъ. Переписка съ главнымъ военнымъ судомъ по вопросу о преданіи суду и составила повидимому то дѣло, къ которому по упущенію и было подшито прошеніе Забусова о допущеніи его въ качествѣ гражданскаго истца вмѣсто того, чтобы быть пріобщеннымъ къ dossier, заключавшемъ въ себѣ слѣдственный матеріалъ и подлежащемъ разсмотрѣнію въ судѣ, разрѣшавшемъ дѣло по существу. Вопросъ о томъ, гдѣ судить Ковалева,

представлялъ процессуальныя техническія трудности. Дѣло въ томъ, что, согласно п. 82 инструкціи военно-окружнымъ судамъ, утвержденной военнымъ министромъ въ 1886 г., офицеры должны судиться въ постоянномъ судѣ, имѣющемся лишь въ центрѣ даннаго военнаго округа, и лишь въ случаѣ необходимости вызова большаго количества свидѣтелей притомъ гражданскаго вѣдомства разрѣшается разсматривать офицерскія дѣла въ выѣздныхъ сессіяхъ временнаго суда.

Въ Асхабадѣ, гдѣ произошло истязаніе Забусова, нѣтъ постояннаго суда, и дѣло пришлось бы слушать въ Ташкентѣ, то есть томъ центрѣ, откуда исходили главныя ходатайства въ пользу Ковалева отъ начальника края ген. Усаковскаго. Сверхъ того свидѣтели казаки, исполнители воли Ковалева, успѣли уволиться на льготу и уѣхали на родину въ Кубанскую область, находящуюся въ раіонѣ Тифлисскаго военно-окружнаго суда. Останавливаясь на Тифлисѣ, какъ мѣстѣ для суда надъ Ковалевымъ, военный министръ, которому не законъ, а практика предоставила право переносить разсмотрѣніе дѣла изъ суда по мѣсту его совершенія въ другой судъ, повидимому руководствовался приведенными соображеніями. Если вѣрны слухи, то о переносѣ дѣла въ Тифлисъ по изложеннымъ соображеніямъ военный министръ входилъ съ всеподданнѣйшимъ докладомъ. Сверхъ того къ обыкновенному составу суда по дѣламъ о преступленіяхъ, совершенныхъ генераломъ, суда, составляющагося изъ двухъ генераловъ юристовъ и четырехъ неюридическихъ генераловъ, изъ которыхъ 2 назначаются военнымъ министромъ и 2 главнымъ начальствомъ мѣстнаго военнаго округа, по всеподданнѣйшему докладу военнаго министра былъ прибавленъ еще одинъ судья юристъ.

Но всѣ эти мѣры, свидѣтельствовавшія объ искренномъ желаніи Главн. воен. суднаго Упр. и Воен. М-ра создать условія возможно правильнаго разсмотрѣнія дѣла Ковалева оказались безсильнымъ предъ иглою писаря и рутиною судей.

Предсѣдатель суда надъ Ковалевымъ, одинъ изъ постоянныхъ членовъ Главн. военнаго суда, находясь въ Петербургѣ, разумѣется, имѣлъ полную возможность ознакомиться какъ съ тѣмъ dossier, въ которомъ заключается слѣдственное производство, такъ и съ тѣмъ, которое остается въ главномъ военно-судномъ управленіи и куда попало прошеніе д-ра Забусова.

Почему онъ не разсмотрѣлъ этого основнаго dossier или почему, разсмотрѣвъ его, онъ проглядѣлъ столь важную бумагу объ этомъ,

разумѣется, судить не намъ. Фактъ тотъ, что упущеніе стрѣлочника можно и нужно было исправить еще здѣзь въ Питерѣ—а этого не было сдѣлано.

Затѣмъ далѣе. Я говорилъ уже, что отъ прокурора зависѣло вызвать Забусова въ качествѣ свидѣтеля. Прокуроромъ, составляющимъ обвинительный актъ и списокъ свидѣтелей является прокуроръ суда, въ которомъ дѣло будетъ разсматриваться по существу. Въ данномъ случаѣ таковымъ являлся прокуроръ Тифлисскаго Военно-Окр. Суда. Одно изъ двухъ, либо г. прокуроръ счелъ ненужнымъ вызывать въ качествѣ свидѣтеля г. Забусова, либо, включивъ его въ списокъ свидѣтелей, не настаивалъ предъ судомъ на необходимости его вызвать. Дѣло въ томъ, что по п. 2 ст. 749 Устава В. Судебнаго, свидѣтели не подлежатъ вызову, если они проживаютъ далѣе 300 верстъ по желѣзной дорогѣ и если при этомъ *судъ не признаетъ существенной необходимости въ допросѣ означенныхъ свидѣтелей на судебномъ слѣдствіи.* Обязанность рѣшить, есть ли или нѣтъ этой существенной необходимости, фактически лежитъ на прокурорѣ, такъ какъ согласно ст. 98 инстр. прокурорскому надзору утвержденной В. М-омъ въ 1890, прокуроръ обязанъ включить въ списокъ и такихъ свидѣтелей, которые по отдаленности могутъ и не быть вызываемы и дать заключеніе о томъ необходимо ли ихъ присутствіе на судѣ или нѣтъ; согласно установившейся практикѣ судъ обыкновенно не споритъ, если прокуроръ, не смотря на дальность разстоянія, требуетъ вызова свидѣтелей.

Такимъ образомъ очевидно, что отвѣтственность въ невызовѣ Забусова, хотя бы въ качествѣ свидѣтеля, лежитъ на прокурорѣ Тифлисскаго воннно-окружнаго суда. Но и его небрежность могла быть исправлена, такъ какъ судъ по своей инціативѣ и вопреки заключенія прокурора о не существенности допроса даннаго свидѣтеля на судѣ могъ требовать его вызова—но Тифлисскій окружный судъ этого не сдѣлалъ. Какія могли у него быть мотивы? Два самыхъ простѣйшихъ: во-первыхъ, безъ Забусова и Самохненки, казаковъ, которые также не были вызваны свидѣтелями—дѣло пошло бы по семейному—одинъ обвиняемый генералъ, да 7 судей такихъ же генераловъ; все, слѣдовательно, въ кружкѣ своихъ людей, чинно, мирно безъ скандалу; какъ впускать какого-то потерпѣвшаго, своими жалобами и притязаніями лишь смутившаго бы спокойный ходъ судебнаго засѣданія, а вѣдь порядокъ съ военной и административной точки зрѣнія альфа и омега всего. Съ другой

стороны, выписывать Забусова изъ Асхабада въ Тифлисъ—расходы и росходы не малые, а дѣло и безъ того казнѣ не дешево обошлось. Вѣдь 3 генерала, посланные изъ Петербурга въ Тифлисъ: одинъ постоянный членъ Главнаго Военнаго Суда и два неюридич. генералъ по выбору В. М-ра, какъ посылаемые по высочайшему повелѣнію, получаютъ двойные прогоны, т. е. изъ разсчета 12 лошадей или 36 коп. за каждую версту отъ СПБ. до Тифлиса и обратно, что составитъ на 7000 верстъ въ 2 конца солидную сумму въ 2500 руб. на каждаго генерала за 10 и 12 дней отсутствія изъ СПБ.

Какъ бы то ни было дѣло слушалось, безъ Забусова. Что было дальше? Дѣло слушалось говорятъ при закрытыхъ дверяхъ. Въ военномъ судѣ слушаются при закрытыхъ дверяхъ по 788 и 789 ст. уст. В. Суд. не только дѣла объ оскорбленіи святыни, о преступленіяхъ семейственныя, противъ цѣломудрія женщинъ и тому подобныя дѣла оскорбляющія нравственное и религіозное чувство, но еще и дѣла „о преступленіяхъ какъ воинскихъ такъ и общихъ, относительно которыхъ въ видахъ охраненія дисциплины послѣдуетъ особое опредѣленіе Суда или распоряженіе главнаго начальника военнаго округа“ при чемъ распоряженіе главнаго начальника военнаго округа о закрытіи дверей даже не мотивируется. Кто закрылъ двери въ данномъ случаѣ—судъ ли, князь ли Голицынъ не знаю; но мнѣ кажется, что именно для охраненія дисциплины больше всего расшатываемой дачей противозаконныхъ приказаній начальниками, желательно было присутсвіе на судѣ офицеровъ для того, чтобы наглядно учиться тому, чего дѣлать не слѣдуетъ.

Что произошло въ закрытомъ судебномъ засѣданіи, разумѣется, неизвѣстно, знаемъ мы, тѣмъ не менѣе, что въ распоряженіи суда имѣлось нѣсколько писемъ начальниковъ и друзей Ковалева, генераловъ Усаковскаго, Куропаткина и Субботича при чемъ первый изъ нихъ настойчиво ходатайствовалъ о снисходительномъ отношеніи къ Ковалеву, а всѣ три аттестовали его съ лучшей стороны.

Законны ли такого рода ходатайства и законно ли ихъ оглашеніе въ судебномъ засѣданіи?

Статья 504 Устава В. Суда гласитъ, что при слѣдственномъ производствѣ „о поведеніи и обстоятельствахъ собственно до службы относящихся слѣдуетъ ограничиваться отзывами начальства“. Разъ при слѣдствіи можно собирать отзывы начальства о службѣ, то и на судѣ можно ихъ оглашать, какъ это неоднократно разъяснялъ Главн. воен. судъ (рѣшенія 70/44, 72/158 и др.). Но между

отзывомъ о службѣ и ходатайствомъ о смягченіи участи—цѣлая пропасть, которую высокопоставленный генералъ перескочилъ съ невѣроятною легкостью.

Значеніе этихъ ходатайствъ трудно учесть; одно можно сказать —трудно требовать отъ судей, рядовыхъ генераловъ спокойнаго, объективнаго и бкзпристрастнаго отношенія къ ихъ судейской работѣ, когда болѣе высокопоставленные чѣмъ они лица первые нарушаютъ законъ.

Я сказалъ, что трудно учесть вліяніе, которое оказало на рѣшеніе судей ходатайство высокопоставленныхъ лицъ; трудно это учесть вотъ почему. Судъ разсматривалъ два преступленія, совершенныхъ Ковалевымъ—истязаніе и превышеніе власти. Въ послѣднемъ судъ призналъ Ковалева виновнымъ и притомъ не далъ ему снисхожденія; формально, ссылаясь на не дачу снисхожденія, можно было бы, пожалуй, думать, что судъ не придалъ никакого значенія письмамъ начальства. Дѣло въ томъ, что для смягченія наказанія и при томъ на 2 степени достаточно двухъ такихъ поводовъ, какъ сознаніе въ учиненномъ дѣяніи и благопріятные служебные отзывы начальства. И то и другое было въ данномъ случаѣ, снисхожденія же по обвиненію въ превышеніи власти судъ не далъ, но это только видимо. Во-первыхъ, судъ не назначилъ по этому обвиненію высшаго наказанія—ссылки на житье въ Сибирь съ лишеніемъ всѣхъ особенныхъ правъ и преимуществъ, замѣняемой нынѣ исправительнымъ арестантскимъ отдѣленіемъ. Правда эта высшая мѣра наказанія за бездѣйствіе власти назначается, согласно ст. 145 воинск. уст. о наказ., „въ случаяхъ особенно важныхъ“; опредѣленіе же того, что особенно важно, зависитъ всецѣло отъ суда; въ проектѣ 1845 г. къ соотвѣтствующей 341 ст. улож. о наказ. указывалось какъ на случаи особенно важные, на такіе, въ которыхъ превышеніе власти причиняло вредъ службѣ или казеннымъ интересамъ. Съ другой стороны Высочайшимъ повелѣніемъ отъ 17 января 1889 г. установлено, что за превышеніе власти, сопровождавшееся убыткомъ для казны свыше 5000 руб., наказаніе опредѣляется какъ за особенно важные случаи. Отсюда выводъ, что, по мнѣнію генераловъ-судей, истязаніе въ западнѣ, учиненное надъ частнымъ лицомъ въ гнусной обстановкѣ, менѣе важное преступленіе, чѣмъ такое превышеніе власти, результатомъ котораго явился бы ущербъ казнѣ въ 5001 р.

Вотъ тутъ то, при опредѣленіи мѣры наказанія и могло сказаться вліяніе указанныхъ выше крайне настойчивыхъ ходатайствъ;

могло оно сказаться и въ другомъ. Судьи не признали Ковалева виновнымъ въ истязаніяхъ, но они, вопреки газетнымъ извѣстіямъ и письму д-ра Забусова въ „Нов. Времени“, не отвергли совсѣмъ обвиненія по этому пункту, а признали Ковалева виновнымъ лишь въ нанесеніи Забусуву тяжкихъ побоевъ. Вопросъ о томъ, были ли въ данномъ случаѣ тяжкіе побои или истязаніе—вопросъ факта, въ разрѣшеніи котораго судъ не даетъ никому отчета; но, съ одной стороны, вопросъ этотъ разрѣшается судебною экспертизою—а была ли произведена таковая—неизвѣстно, съ другой,—трудно понять, какимъ образомъ 42 удара розгами, признаваемые обвинительнымъ актомъ, часть которыхъ была нанесена по обнаженному животу, не признаны истязаніемъ. Правда, къ услугамъ суда имѣлось оригинальное рѣшеніе Главнаго военнаго суда отъ 1900 г. за № 57 по дѣлу корнета Ваховскаго, приказавшаго 3 драгунамъ высѣчь помощника почтово-телеграфной конторы, что и было исполнено такимъ образомъ (дѣло происходило въ мартѣ 1899 г.): солдаты сняли съ потерпѣвшаго пальто и тужурку, связали ему руки такъ, что у него появились кровоподтеки на обоихъ локтевыхъ сгибахъ, зажали ротъ и затѣмъ нанесли ему по сѣдалищной части, поверхъ брюкъ 25 ударовъ бамбуковымъ хлыстомъ, вслѣдствіе чего появились многочисленные кровоподтеки на сѣдалищной части и наружной поверхности праваго бедра. Главный военный судъ не призналъ эти побои истязаніемъ на томъ основаній, что судъ не установилъ того, „чтобы вышеупомянутое физическое страданіе, причиненное потерпѣвшему—значительно превосходило тѣ страданія, которыми сопровождаются побои и насиліе вообще или чтобы удары, причиняемые къ тому же потерпѣвшему черезъ платье, наносились съ особою жестокостью или продолжительное время“.

Любопытно знать, какою такою объективною мѣркою обладаетъ судъ для опредѣленія степени страданій при побояхъ вообще и еще болѣе любопытно, какъ судъ установилъ степень страданія не выслушавъ самого пострадавшаго?

Итакъ, Ковалевъ былъ признанъ виновнымъ въ превышеніи власти и нанесеніи тяжкихъ побоевъ; наказаніе за первое было избрано—исключеніе изъ службы *съ лишеніемъ чиновъ*; за второе—тюрьма съ лишеніемъ нѣкоторыхъ правъ. По закону въ случаяхъ одновременнаго совершенія двухъ преступленій выбирается наиболѣе строгое изъ наказаній, назначенныхъ за каждое въ отдѣльности. А такъ какъ тюрьма съ лишеніемъ нѣкоторыхъ правъ, налагаемыхъ за

тяжкіе побои по 1533 ст. улож. о нак., не связана съ лишеніемъ чиновъ и сопровождается лишь лишеніемъ права участвовать въ выборахъ и быть избираемымъ въ почетныя должности, а также права вступленія на государсувенную и общественную службу, то изъ двухъ наказаній за 2 преступленія было избрано наиболѣе строгое—исключеніе изъ службы съ лишеніемъ чиновъ, замѣненное, въ силу Высочайшаго Манифеста, исключеніемъ безъ лишенія чиновъ.

И исполнивъ подвигъ правосудія почтенные генералы разъѣхались по домамъ.

И дѣло такъ бы, вѣроятно, и замерло, если бы не пресса. Первою ласточкою была статья въ журналѣ „Юристъ", въ которой со словъ повѣреннаго д-ра Забусова прис. пов. Хонина сообщалось, что ни онъ, ни д-ръ Забусовъ не присутствовали на судѣ. Распущенная весною пресса подняла вопль. Главное военно-судное управленіе не могло остаться равнодушнымъ; несомнѣнно тогда и только тогда открыли злополучную ошибку стрѣлочника—писаря, не туда куда слѣдуетъ подшившаго прошеніе Забусова. И дѣло еще можно было спасти. Для этого стоило прокурору Тифлисскаго военнаго окружнаго суда подать протестъ противъ вопіющаго нарушенія процессуальныхъ формъ, а о таковомъ нарушеніи должно было поставить его въ извѣстность главное военно-судное управленіе. Изъ практики мы знаемъ, что когда главный прокуроръ требуетъ протеста, врядъ-ли кто изъ подвластныхъ ему прокуроровъ осмѣлится ослушаться—но протестъ не поступилъ

И генералъ Ковалевъ спасенъ; правда—дѣло будетъ, по всей вѣроятности, вторично слушаться—не можетъ же въ самомъ дѣлѣ главное воен. суд. управленіе послѣ оффиціальнаго признанія въ упущеніи и предложенія не возстановить Забусову срокъ на обжалованіе рѣшенія Тифлис. воен. окр. суд., не отмѣнить рѣшенія этого послѣдняго, если жалоба Забусова поступитъ. Но Ковалевъ, повторяю, все же спасенъ, такъ какъ согласно 1046 ст. уст. военно-судебнаго *„при пересмотрѣ дѣла наказаніе подсудимому не можетъ быть увеличено, если противъ отмѣненнаго приговора не было протеста военнаго прокурора"*— а протеста не было. Итакъ, дѣло, въ лучшемъ случаѣ, будетъ пересмотрѣно, Забусовъ сможетъ, въ лучшемъ случаѣ, при открытыхъ дверяхъ протестовать противъ насилія, а генералъ Ковалевъ все же благодаря писарю главнаго военно-судн. управленія, останется, на славу отечества, генераломъ при всѣхъ регаліяхъ и проч. и проч.

М. Маргуліесъ.

Перемѣна въ управленіи Министерствомъ Юстиціи.

Давно уже ходившіе въ Петербургѣ толки о предстоящемъ уходѣ Н. В. Муравьева и о назначеніи его на постъ посла въ Римѣ—подтвердились въ срединѣ только что истекшаго мѣсяца. Также мало неожиданнымъ было и назначеніе С. С. Манухина управляющимъ Министерствомъ Юстиціи. Молва называла и другія имена, но въ концѣ концовъ—этого нельзя не констатировать—общество оставалось глубоко равнодушнымъ и къ факту увольненія Н. В. Муравьева, и къ выбору его преемника. Перемѣна эта взволновала только чиновниковъ судебнаго вѣдомства.

Такое полное невниманіе не является чѣмъ-то необъяснимымъ. Оно зависитъ, думается намъ, отъ образовавшагося постепенно убѣжденія въ томъ, что при теперешнихъ условіяхъ въ концѣ концовъ рѣшительно все равно, въ чьихъ рукахъ будетъ сосредоточено высшее командованіе судебнымъ вѣдомствомъ. И подтвержденіе основательности и правильности такого убѣжденія мы видимъ, прежде всего, въ исторіи одиннадцатилѣтняго управленія Н. В. Муравьева Министерствомъ Юстиціи.

Въ самомъ дѣлѣ: трудно было найти кандидата на постъ Министра Юстиціи, въ большей степени одареннаго всѣми тѣми внѣшними качествами, которыя для этой должности необходимы. Высокообразованный юристъ, даровитый лекторъ, авторъ нѣсколькихъ выдающихся изслѣдованій, блестящій ораторъ, заслуженый судебный дѣятель, прошедшій всѣ стадіи прокурорской службы и близко знакомый съ положеніемъ судебнаго дѣла на мѣстахъ, Н. В. Муравьевъ 1 января 1894 года въ расцвѣтѣ силъ и еще молодой энергіи былъ

призванъ замѣнить Н. А. Манасеина. Если отъ чьей-либо дѣятельности можно было ожидать обильныхъ и прекрасныхъ плодовъ, то прежде всего отъ дѣятельности молодого талантливаго Министра Юстиціи. Онъ приносилъ съ собою прочно и давно сложившуюся репутацію убѣжденнаго поклонника судебныхъ уставовъ Императора Александра II,—въ немъ можно было основательно надѣяться встрѣтить поборника судебнаго дѣла, защитника и хранителя лучшихъ традицій судебнаго вѣдомства, основныхъ началъ судебнаго строя... Естественно, что назначеніе его было встрѣчено съ живѣйшимъ сочувствіемъ и вызвало большія ожиданія.

Прошло одиннадцать лѣтъ. Въ самый разгаръ начавшагося въ Россіи броженія Н. В. Муравьевъ покидаетъ свой постъ и удаляется подъ благословенное небо Италіи. Приходится подвести итоги одиннадцатилѣтней дѣятельности, сопоставить ея начало съ ея концомъ, провѣрить, сбылись ли чаянія и надежды.

Сказать, что дѣятельность Н. В. Муравьева вполнѣ удовлетворила всѣмъ тѣмъ запросамъ, которые къ ней могли быть предъявлены, было бы явнымъ преувеличеніемъ. Прежде всего, имъ не довершено то главное, коренное дѣло, которое такъ широковѣщательно, mit Pauken und Trompeten, было начато въ 1894 году. Проекты комисіи по пересмотру судебныхъ уставовъ два года тому назадъ внесены въ Государственный Совѣтъ. По словамъ всеподданнѣйшаго доклада, сдѣланнаго въ 1904 году, „разсмотрѣніе Государственнымъ Совѣтомъ проектовъ по пересмотру судебныхъ уставовъ началось въ декабрѣ 1902 года и продлится, вѣроятно, довольно продолжительное время, опредѣлить которое даже предположительно нынѣ еще невозможно“. Такимъ образомъ, мечта, связанная съ пересмотромъ и высказанная въ словахъ Императора Александра III, „чтобы наконецъ дѣйствительное правосудіе царило въ Россіи“—остается мечтой, осуществленіе которой, по собственному признанію бывшаго Министра Юстиціи, отодвигается въ непроглядную даль. И дѣйствительно: уже третій годъ проекты покоятся въ Маріинскомъ дворцѣ, и если о судьбѣ ихъ изрѣдка доходятъ смутные слухи, то ничего благопріятнаго въ этихъ слухахъ нѣтъ. А теперь, послѣ указа 12 декабря прошлаго года, самыя основанія предположеннаго проектами судебнаго строя оказываются серьезно расшатанными, и всю работу приходится начинать сначала.

Конечно, самъ Н. В. Муравьевъ можетъ быть признателенъ коммисіи: благодаря ея существованію, теряли свою остроту всѣ тѣ нареканія и нападки, которымъ съ такой неутомимой настойчи-

востью подвергали судебное вѣдомство его враги и хулители. Всегда былъ наготовѣ отвѣтъ, ссылавшійся на то, что всѣ обнаруженные недостатки нашего правосудія выясняются коммисіей, что она работаетъ надъ ихъ исправленіемъ, что необходимо лишь терпѣливо ожидать окончанія этихъ работъ. Съ другой стороны, и коммисія имѣетъ полное основаніе быть благодарной Н. В. Муравьеву, такъ какъ едва ли не онъ одинъ остался при особомъ—весьма лестномъ—мнѣніи о качествѣ исполненнаго труда. Но иного, болѣе осязательнаго, болѣе полезнаго результата работы коммисіи не имѣли. Ставъ достояніемъ гласности и предметомъ обсужденія, онѣ треснули по всѣмъ швамъ. Едва ли кто теперь въ нихъ вѣритъ, едва ли кто связываетъ съ ихъ судьбой какія нибудь надежды. Мы полагаемъ, что нашему послу въ Римѣ не суждено изъ своего „прекраснаго далека“ узрѣть осуществленіе проектовъ. Онъ, навѣрно, вздохнулъ свободно, сбросивъ съ себя тяжкое бремя этихъ проектовъ, столько лѣтъ бывшихъ ему надежной и вѣрной опорой.

Немало поучительнаго въ самомъ ходѣ работъ коммисіи. Коренной вопросъ—вопросъ объ отношеніи ея къ судебно-административному строю, созданному законодательствомъ 1889 года,—разрѣшался вначалѣ въ смыслѣ необходимости упраздненія юрисдикціи земскихъ начальниковъ и дальнѣйшихъ надъ ними инстанцій. Впослѣдствіи, однако, самый вопросъ этотъ былъ устраненъ при помощи почти наивнаго и никого не обманувшаго пріема—ссылки на вѣдомственныя соображенія. Одна изъ главнѣйшихъ задачъ предпринятаго пересмотра заранѣе, такимъ образомъ, была признана недостижимой. Точно также громадное большинство новеллъ, исказившихъ обликъ судебныхъ уставовъ, съ бережной тщательностью, достойной лучшаго примѣненія, были сохранены и даже развиты и закрѣплены въ проектахъ. Все это было такъ неоднократно и съ такой настойчивостью указываемо въ нашей печати, и между прочимъ на страницахъ „Вѣстника Права“, что возвращаться къ исчерпанной темѣ—безполезно. Не объединенные никакой творческой идеей, лишенные какого бы то ни было индивидуальнаго отпечатка, носящіе на себѣ всѣ худшіе признаки породившей ихъ эпохи, проекты „пересмотрѣнныхъ“ судебныхъ уставовъ останутся памятникомъ огромнаго, но совершенно безплоднаго труда,—труда бюрократическаго, канцелярскаго. А вмѣстѣ съ тѣмъ, всѣ уже давно назрѣвшія потребности судебнаго строя остались неудовлетворенными. Самое существованіе коммисіи должно было тормозить всякое серьезное начинаніе, всякій прогрессъ въ области правосудія.

Такимъ образомъ, слѣдуетъ признать, что главное дѣло министерства Н. В. Муравьева потерпѣло полное фіаско. Преемнику ушедшаго министра оставлена тяжелая и въ высшей степени неблагодарная задача—поддерживать въ Государственномъ Совѣтѣ проэкты, единодушно раскритикованные и признанные совершенно неудовлетворительными....

Другой, менѣе осязательный, но столь же несомнѣнный результатъ одиннадцатилѣтняго управленія Н. В. Муравьева логически вытекаетъ изъ той, имъ себѣ поставленной задачи, которую онъ самъ опредѣляетъ во всеподданнѣйшемъ докладѣ слѣдующими словами: „укрѣпленіе государственнаго значенія и правительственнаго характера суда и судебнаго вѣдомства, разумное ихъ единеніе, въ законныхъ предѣлахъ, съ другими правительственными вѣдомствами“. Практически, это „разумное единеніе“ свелось къ обезличенію судебнаго персонала путемъ широкаго пользованія при назначеніяхъ на судейскія должности кадрами прокурорскаго надзора. Судебное вѣдомство дѣйствительно все болѣе и болѣе пріобрѣтаетъ „правительственный“ характеръ, судьи обращаются въ чиновниковъ Министерства Юстиціи. Вѣдомство, которому двадцать лѣтъ назадъ выпадала постоянно честь подвергаться яростнымъ нападкамъ реакціонной прессы, не мирившейся съ независимостью и либерализмомъ, въ настоящее время идетъ въ ногу со всей прочей бюрократіей. Многочисленные процессы послѣдняго времени наглядно показали, что въ „дисциплинированныхъ“ судьяхъ въ настоящее время нѣтъ недостатка. Поѣздки, почти ежегодно предпринимавшіяся министромъ юстиціи „въ сопровожденіи и при содѣйствіи высшихъ чиновъ министерства“ тоже, конечно, сыграли свою роль въ дѣлѣ воспитанія надлежащей дисциплины... Другой вопросъ, всегда ли интересы правительственной дисциплины и солидарности вѣдомствъ совмѣстимы съ интересами правосудія. Во всякомъ случаѣ, принесеніе послѣднихъ въ жертву первымъ уже перестало быть рѣдкимъ исключеніемъ.

Таковы главнѣйшія отрицательныя стороны министерской дѣятельности Н. В. Муравьева.

Къ положительнымъ ея результатамъ слѣдуетъ отнести прежде всего повсемѣстное введеніе судебной реформы или, лучше сказать, повсемѣстное упраздненіе дореформеннаго суда,—ибо далеко не вездѣ судебные уставы введены въ чистомъ видѣ. Какъ правильно было замѣчено въ нашей печати, распространеніе на окраины судебныхъ уставовъ представляется чуть ли не самымъ крупнымъ

культурнымъ дѣломъ правительства за послѣднее десятилѣтіе. Оно связано съ именемъ Н. В. Муравьева, двинувшаго дѣло, замершее при его предшественникахъ.

Въ свой активъ бывшій министръ юстиціи можетъ вписать также законъ 12 іюня 1900 г. объ отмѣнѣ и ограниченіи ссылки и законъ 2 іюня 1903 г. объ отмѣнѣ тягчайшихъ тѣлесныхъ наказаній для ссыльныхъ.

Первая реформа, правда, далеко еще не закончена, ни въ отношеніи каторги, ни въ области административной ссылки. Тѣмъ не менѣе къ правильному разрѣшенію одного изъ крупнѣйшихъ вопросовъ нашей карательной политики сдѣланъ шагъ, значеніе котораго несомнѣнно.

Мы не будемъ останавливаться на другихъ, сравнительно второстепенныхъ, сторонахъ дѣятельности Н. В. Муравьева. Мы не коснемся его отношенія къ новому уголовному уложенію, такъ какъ думаемъ, что отношеніе это въ концѣ концовъ было чисто пассивнымъ, и до настоящаго времени уложеніе, почти два года тому назадъ утвержденное, въ дѣйствіе не вступило. Не будемъ говорить ни объ учрежденіи благотворительнаго общества, ни о введеніи формы для чиновъ судебнаго вѣдомства. Проведеніе этихъ мѣропріятій ничего характернаго не представляетъ. Къ исторической роли бывшаго министра юстиціи они ничего не прибавятъ. Будучи продиктованы вполнѣ почтенными чувствами заботливости о матеріальномъ положеніи подчиненныхъ, они могли бы подлежать обсужденію развѣ только съ точки зрѣнія практической; потому мы ихъ здѣсь оставляемъ въ сторонѣ.

Подводя итогъ дѣятельности Н. В. Муравьева, какъ министра юстиціи, мы должны будемъ признать, что общій результатъ этой дѣятельности не достигаетъ уровня возбужденныхъ въ 1894 году надеждъ.

Много словъ красивыхъ, громкихъ, много стремленій къ внѣшнему блеску и представительству, довольно замѣтная доза самовосхваленія; мало дѣлъ, а главное—отсутствіе твердой, опредѣленной и фактически выполняемой программы. Доказательствомъ правильности такого общаго вывода мы считаемъ тотъ несомнѣнный фактъ, что Н. В. Муравьевъ оставляетъ въ наслѣдство своему преемнику недовершеннымъ крупнѣйшее дѣло, которое было начато одиннадцать лѣтъ тому назадъ. Н. В. Муравьевъ связалъ свое имя съ воспо-

минаніемъ о коммисіи по пересмотру судебныхъ уставовъ. Лучше, что можно сказать о Н. В. Муравьевѣ, резюмируется словами: по качествамъ своего ума и таланта онъ былъ бы превосходнымъ министромъ юстиціи конституціоннаго государства;—свойства его характера не помѣшали ему быть „вполнѣ подходящимъ“ министромъ современной Россіи.

По поводу Кіевскаго съѣзда русской группы международнаго союза криминалистовъ.

I.

Мы получили нижеслѣдующіе документы, относящіеся къ Кіевскому съѣзду:

Въ Редакцію журнала Вѣстникъ Права.

Милостивый Государь,
Господинъ Редакторъ.

Имѣю честь препроводить Вамъ для оглашенія во всеобщее свѣдѣніе копіи резолюцій пятаго Съѣзда Русской Группы Международнаго Союза Криминалистовъ, происходившаго 3 и 4 Января 1905 г. въ г. Кіевѣ, и копію постановленія членовъ Съѣзда по поводу его закрытія.

Прошу принять увѣреніе въ совершенномъ почтеніи
Предсѣдатель пятаго Съѣзда *Н. Тесленко.*

10-го Января 1905 г.

Резолюціи, постановленныя на пятомъ Съѣздѣ Русской Группы Международнаго Союза Криминалистовъ въ Кіевѣ 3 и 4 Января 1905 г.

I.

Рѣшая вопросъ о юридической помощи населенію, Съѣздъ находитъ, что при условіяхъ безправія и произвола, являющихся основными устоями современнаго русскаго строя, ни о какой юридической помощи не можетъ быть рѣчи, и полагаетъ, что устраненіе бѣдственнаго положенія, въ которомъ находится страна, и установленіе нормальной политической и юридической жизни возможны лишь тогда, когда въ Россіи будетъ введено представительное Правленіе и будутъ созданы твердыя гарантіи свободы личности, мысли, слова, печати, вѣроисповѣданія, собраній и союзовъ, а также равенство всѣхъ частей населенія передъ закономъ.

Реформы эти не могутъ быть осуществлены бюрократіей, неспособной къ творческому обновленію русской жизни, но лишь представителями народа, свободно избранными на началахъ всеобщей, тайной, прямой и равной подачи голосовъ.

II.

Смертная казнь, сохранившаяся въ нашемъ уголовномъ законодательствѣ только за нѣкоторыя изъ, такъ называемыхъ, политическихъ преступленій, а на практикѣ широко примѣняемая и во многихъ другихъ случаяхъ, должна быть безусловно исключена изъ нашихъ уголовныхъ кодексовъ, такъ какъ нѣтъ такихъ интересовъ или соображеній государственнаго характера, которыя могли бы оправдать ея примѣненіе.

III.

Изъ всѣхъ злоупотребленій судейскимъ усмотрѣніемъ наиболѣе тяжкимъ является то, которое имѣетъ цѣлью воспрепятствовать выясненію истины на судѣ, и для этого прибѣгаютъ, какъ къ средству, къ насилію надъ неотъемлемыми правами сторонъ въ процессѣ. Такія злоупотребленія, нерѣдко повторяющіяся въ послѣднее время въ процессахъ общественнаго и политическаго характера, должны вызвать искреннее негодованіе во всѣхъ тѣхъ, кому дороги интересы правосудія.

Кіевъ, 1905 г. января 4-го дня.

Мы, нижеподписавшіеся, предсѣдатели, вице-предсѣдатели, секретари и члены Кіевскаго съѣзда русской группы международнаго союза криминалистовъ, въ виду объявленія мѣстной административной властью о закрытіи V съѣзда, считаемъ необходимымъ довести до свѣдѣнія союза и общества о нижеслѣдующемъ: сегодня, во второй день засѣданія, послѣ прочтенія доклада объ оказаніи юридической помощи населенію и послѣ выслушанныхъ по этому предмету преній на баллотировку была предложена однимъ изъ ораторовъ резолюція. Въ обсужденіи этой резолюціи наравнѣ съ другими членами группы принималъ участіе и предсѣдатель комитета группы Иванъ Яковлевичъ Фойницкій, не предсѣдательствующій въ день 4-го января. Не споря въ принципѣ противъ предложенной резолюціи, И. Я. Фойницкій настаивалъ на нѣкоторыхъ измѣненіяхъ редакціи. Въ виду заявленнаго имъ требованія на баллотировку были поставлены оба проекта резолюціи, при чемъ И. Я. Фойницкій принималъ участіе въ баллотировкѣ того и другого. Когда, однако, большинствомъ собранія редакціонныя измѣненія И. Я. Фойницкаго были отвергнуты, то онъ, несмотря на то, что не ему принадлежали тогда права предсѣдателя, заявилъ въ нарушеніе устава, что онъ объявляетъ V съѣздъ группы закрытымъ. Въ виду явно беззаконнаго заявленія, поднявшаго бурю протестовъ, предсѣдательствующій въ это время предсѣдатель съѣзда Н. В. Тесленко, выразивъ встрѣченное всеобщимъ сочувствіемъ глубокое сожалѣніе по поводу попытки И. Я. Фойницкаго сдѣлать насиліе надъ съѣздомъ, заявилъ, что засѣданіе съѣзда продолжается. Во время обѣденнаго перерыва, однако, мѣстный полицеймейстеръ явился въ помѣщеніе съѣзда и объявилъ таковой на основаніи распоряженія адми-

нистративной власти закрытымъ. Глубоко возмущенные поведеніемъ И. Я. Фойницкаго, мы, нижеподписавшіеся, считаемъ не только невозможнымъ дальнѣйшее пребываніе его въ званіи предсѣдателя, но полагаемъ несовмѣстимымъ со своимъ нравственнымъ достоинствомъ и общественными обязанностями дальнѣйшее съ нимъ общеніе и заявляемъ протестъ противъ грубаго насилія, учиненнаго надъ кіевскимъ съѣздомъ русской группы международнаго союза криминалистовъ И. Я. Фойницкимъ совмѣстно съ мѣстною администраціей. Постановили: настоящій протестъ сообщить союзу криминалистовъ, редакціямъ всѣхъ русскихъ газетъ и многихъ иностранныхъ, во всѣ юридическія Общества и въ совѣты присяжныхъ повѣренныхъ и вмѣстѣ съ тѣмъ просить ревизіонную коммисію русской группы принять мѣры къ скорѣйшему созыву русской группы для избранія предсѣдателя и членовъ комитета. Подписали: предсѣдатели съѣзда: *Л. А. Куперникъ, Н. В. Тесленко;* вице-предсѣдатели: *А. С. Гольденвейзеръ, В. Я. Желѣзновъ;* секретари: *Б. Г. Бартъ, Ю. И. Лещъ, М. М. Могилянскій, В. Н. Новиковъ, А. Шмидтъ.* Далѣе слѣдуютъ подписи 65-ти членовъ съѣзда. Такимъ образомъ, всего 74 подписи изъ 115-ти лицъ, участвовавшихъ въ баллотировкахъ въ засѣданіи 4-го января.

Съ подлиннымъ вѣрно

Предсѣдатель пятаго съѣзда *Н. Тесленко.*

Одновременно въ редакцію „Вѣстника Права“ поступилъ печатаемый ниже „Протоколъ“, съ надписью: „отъ профессора И. Я. Фойницкаго, съ покорнѣйшею просьбою имѣть въ виду“:

Копія.

Протоколъ

засѣданія Комитета Русской Группы 11 Января 1905 г.

Присутствовали: Предсѣдатель Группы И. Я. Фойницкій, члены Комитета А. В. Витте и И. М. Тютрюмовъ.

Выслушавъ прилагаемое при семъ заявленіе Предсѣдателя Группы И. Я. Фойницкаго отъ 7-го Января и находя, что при сложившихся обстоятельствахъ продолженіе засѣданій съѣзда въ Кіевѣ было бы сопряжено съ явною опасностью для самаго существованія Русской Группы, Комитетъ постановилъ: созвать ближайшее собраніе Группы для закончанія программы, выработанной Комитетомъ для Кіевскаго собранія, или по крайней мѣрѣ для административнаго засѣданія, назначивъ его въ С.-Петербургѣ на 20, 21 или 22 Апрѣля сего года.

Подписали { Предсѣдатель Группы *И. Фойницкій.* / Члены Комитета *А. Витте.* / *И. Тютрюмовъ.*

Въ Комитетъ Русской Группы Международнаго Союза Криминалистовъ.

Заявленіе.

Имѣю честь заявить Комитету о происшедшемъ на собраніи Группы, назначенномъ на 3, 4 и 5—6 Января 1905 г. въ Кіевѣ, слѣдующее. Въ Кіевъ 31 Декабря 1904 года прибыли я и членъ Комитета А. В. Витте изъ Томска, второй же членъ Комитета И. М. Тютрюмовъ не могъ явиться вслѣдствіе постигшей его продолжительной болѣзни; не прибыли также кандидаты въ Члены А. А. Левенстимъ и В. В. Миклашевскій, которые о причинахъ неприбытія никакихъ извѣщеній не прислали. По соглашенію съ О. О. Эйхельманомъ, на 2-е Января назначено было засѣданіе Кіевской организаціонной Коммисіи, которую я просилъ дать мнѣ необходимые въ интересахъ Съѣзда указанія и совѣты, намѣтить бюро съѣзда и обдумать, кѣмъ замѣнить меня, за рѣшительнымъ отказомъ моимъ отъ должности Предсѣдателя Группы.

Просимыхъ мною совѣтовъ и указаній дано не было, бюро Съѣзда засѣданіемъ намѣчено, и затѣмъ нѣкоторые члены засѣданія обратились ко мнѣ съ тѣмъ, чтобы я не покидалъ должности Предсѣдателя Группы, на что я отвѣтилъ, что объ этомъ не можетъ быть рѣчи. Въ первый день собранія я выяснилъ въ моей рѣчи, что всѣ пренія и сужденія должны ограничиваться предѣлами, установленными выработанною Комитетомъ программою, что я, какъ Предсѣдатель Группы, все время остаюсь непремѣннымъ Предсѣдателемъ Съѣзда, но въ интересахъ научныхъ по обыкновенію, мною же заведенному, для Предсѣдательствованія въ отдѣльныхъ засѣданіяхъ предлагаются спеціалисты по даннымъ вопросамъ, и указалъ лицъ, на которыхъ остановился въ этихъ видахъ Комитетъ по соглашенію съ Кіевскою организаціонною Коммисіею, предложивъ обычный вопросъ, нѣтъ ли со стороны кого либо возраженій. Къ удивленію моему на этотъ вопросъ, обыкновенно разрѣшаемый въ смыслѣ сдѣланнаго предложенія, на этотъ разъ я услышалъ рѣзкое возраженіе о желаніи избрать Предсѣдателей и вице-предсѣдателей Съѣзда путемъ баллотировки. На это я отвѣтилъ, что такой пріемъ не въ обычаяхъ научныхъ съѣздовъ, но если Собраніе не находитъ возможнымъ остановиться на кандидатахъ, предложенныхъ Комитетомъ, то пусть протестующіе предложатъ списокъ своихъ кандидатовъ послѣ перерыва засѣданія, что и было принято. Послѣ перерыва мнѣ былъ представленъ списокъ кандидатовъ, никѣмъ однако не подписанный, почему я предложилъ собранію приступить къ избранію Предсѣдателей и вице-предсѣдателей записками; по подсчету ихъ оказалось, что избраны были всѣ безъ исключенія кандидаты, вошедшіе въ представленный мнѣ ранѣе списокъ, записанными оказались и члены секретаріата, совершенно мнѣ неизвѣстные и не исполнившіе ни одного указанія, мною имъ даннаго. Въ вечернемъ засѣданіи Кіевскаго собранія 3-го Января разсмотрѣнъ былъ докладъ А. А. Піонтковскаго объ условномъ осужденіи; продолжалъ предсѣдательствовать я, и этотъ докладъ, хотя и въ сокращенномъ видѣ, удалось обсудить по всѣмъ пунктамъ и выработать по нему опредѣленную резолюцію. На слѣдующій день, 4-го Января, засѣданіе открылось подъ моимъ же предсѣдательствомъ рѣчью профессора И. А. Сикорскаго, которому, по окончаніи рѣчи собраніе по предложенію моему

выразило благодарность, а затѣмъ я объявилъ, что по дальнѣйшему докладу, стоящему въ программѣ, объ оказаніи юридической помощи населенію, докладчикъ И. М. Тютрюмовъ заболѣлъ, почему не могъ прибыть въ Кіевъ и передалъ свой докладъ А. А. Леонтьеву, который взялся представить его собранію. Предложивъ г. Леонтьеву занять мѣсто за каѳедрой, я уступилъ предсѣдательское мѣсто г. Тесленко, избранному наканунѣ однимъ изъ предсѣдателей. Послѣ этого г. Маргуліесъ изложилъ свою бьющую на эффектъ резолюцію о смертной казни, которая предложена была г. Тесленко съѣзду безъ всякаго ея обсужденія. Послѣ прочтенія г. Леонтьевымъ доклада о юридической помощи населенію говорили нѣсколько ораторовъ, изъ которыхъ лишь немногіе (г.г. Осиповъ, Бискъ, Ратнеръ) высказались по содержанію доклада (о помощи по дѣламъ уголовнымъ, о консультаціяхъ, о возмездности совѣтовъ, о библіотекахъ и о секретаріатѣ), а всѣ прочіе, говорившіе послѣ нихъ, предлагали резолюціи, къ предмету доклада и къ программѣ съѣзда никакого отношенія не имѣвшія, причемъ тонъ ихъ болѣе и болѣе повышался; въ заключеніе предложена была резолюція И. А. Кистяковскаго, изъ редакціи которой, при семъ прилагаемой, комитетъ убѣдится, что она не только не имѣла никакого отношенія къ программѣ съѣзда, но и представлялась явно противозаконною по своему содержанію. Это я и высказалъ собранію, прибавивъ, что резолюція г. Кистяковскаго могла бы подлежать обсужденію собранія, если исключить изъ нея нѣкоторыя слова, поставленныя много въ скобки. Предсѣдательствовавшій г. Тесленко началъ тогда говорить о двухъ резолюціяхъ, Кистяковскаго и моей, противъ чего я нѣсколько разъ возражалъ, напоминая, что никакой резолюціи по данному вопросу я не предлагалъ и не предлагаю, указывая лишь на невозможность предложенія собранію на обсужденіе редакціи г. Кистяковскаго безъ всякихъ ея измѣненій. Тѣмъ не менѣе г. Тесленко продолжалъ держаться своей версіи, и предложилъ собранію сперва вопросъ голосовать-ли объ резолюціи, Кистяковскаго и Фойницкаго, а затѣмъ и каждую изъ этихъ резолюцій порознь. Еще до закончанія послѣдняго голосованія и, не смотря на перерывъ меня г. Тесленко, я всталъ и въ качествѣ предсѣдателя группы объявилъ пятое очередное собраніе группы закрытымъ вслѣдствіе допущенныхъ нарушеній предѣловъ легальности. Объявленіе это выслушано было собраніемъ молча и безъ протеста, только г. Тесленко возразилъ, что онъ засѣданіе продолжаетъ, но я ничего ему не отвѣчая оставилъ засѣданіе, и за мною послѣдовали весьма многіе члены съѣзда. Вмѣстѣ съ членомъ комитета А. В. Витте я немедленно поѣхалъ къ начальнику края, которому и заявилъ, что къ величайшему сожалѣнію я вынужденъ былъ закрыть Кіевскій съѣздъ группы; ни о какихъ мѣропріятіяхъ ни я, ни г. Витте начальника края не просили и самъ онъ никакого о нихъ вопроса не возбуждалъ. Въ засѣданіи, продолжавшемся послѣ объявленія мною съѣзда закрытымъ, какъ я узналъ потомъ, по вопросу о судейскомъ усмотрѣніи докладчикъ П. И. Люблинскій не явился, явившійся же г. Г. В. Демченко представилъ докладъ, и почти безъ всякаго обсужденія принята была резолюція, не имѣющая никакого отношенія къ содержанію поставленнаго въ программѣ вопроса. Мнѣ по закрытіи было также сообщено, что резолюціи для засѣданія 4-го января были предварительно выработаны совѣщаніемъ, происходившимъ наканунѣ ночью въ гостинницѣ

Grand Hôtel, и что въ Кіевскомъ собраніи организована была даже клака, которою руководилъ одинъ изъ избранныхъ 3-го Января въ составъ предсѣдательскаго бюро.

Отношеніе же безпристрастнаго общества въ наиболѣе авторитетной части его къ происходившему на собраніи въ Кіевѣ 4-го января комитетъ усмотритъ изъ прилагаемыхъ при семъ мѣстныхъ изданій, особенно „Кіевлянинъ“ № 6 и „Кіевское Слово“ Января 5-го и 6-го. Изъ нихъ статья „Ученый Русскій Съѣздъ въ стилѣ moderne“ (Кіевлянинъ № 6) даетъ общую характеристику происходившаго, а въ Кіевскомъ Словѣ 6-го января установлено, что въ день моего отъѣзда изъ Кіева на вокзалъ къ отходу поѣзда въ парадныхъ покояхъ собрались депутаціи отъ Кіевскаго Окружнаго Суда, Прокурорскаго надзора и представители Судебной Палаты. Въ своемъ прощальномъ словѣ провожавшіе выразили свое глубокое сожалѣніе о томъ, что большинствомъ членовъ съѣзда было принято нежелательное и неумѣстное направленіе, и свое искреннее сочувствіе тому, что г. предсѣдатель вынужденъ былъ закрыть съѣздъ.

Подписалъ предсѣдатель русской группы И. Фойницкій. 7 января 1905 г.

Приложеніе № 1.

Къ заявленію И. Я Фойницкаго отъ 7 января 1905 г.

I. Текстъ резолюціи, предложенной И. А. Кистяковскимъ 4-го января въ Кіевскомъ Собраніи Группы по вопросу о юридической помощи населенію (въ скобкахъ поставлены слова, на непремѣнномъ исключеніи которыхъ я настаивалъ):

„Рѣшая вопросъ о юридической помощи населенію, съѣздъ находитъ, что при условіяхъ безправія и произвола (являющихся основными устоями современнаго русскаго строя) ни о какой юридической помощи не можетъ быть рѣчи, и полагаетъ, что устраненіе бѣдственнаго положенія, въ которомъ находится страна, и установленіе нормальной политической и юридической жизни возможно лишь тогда, когда (въ Россіи будетъ введено представительное правленіе и) будутъ созданы твердыя гарантіи свободы личности, мысли, слова, печати, вѣроисповѣданія, собраній и союзовъ, а также равенство всѣхъ частей населенія передъ закономъ. Реформы эти не могутъ быть осуществлены бюрократіей, неспособной къ творческому обновленію русской жизни (но лишь представителями народа, свободно избранными на началахъ всеобщей, равной и тайной подачи голосовъ).

II. Текстъ резолюціи, которая, какъ мнѣ сообщено, была принята засѣданіемъ 4 января, уже послѣ объявленія мною съѣзда закрытымъ, по вопросу о судейскомъ усмотрѣніи:

„Изъ всѣхъ злоупотребленій судейскихъ усмотрѣній наиболѣе тяжелымъ является то, которое имѣетъ цѣлью воспрепятствовать выясненію истины на судѣ и для этого прибѣгаетъ, какъ къ средству, къ насилію надъ неотъемлемыми правами сторонъ въ процессѣ. Такія злоупотребленія, нерѣдко повторяющіяся въ послѣднее время въ процессахъ общественнаго и

политическаго характера, должны вызвать искреннее негодованіе во всѣхъ тѣхъ, кому дороги интересы правосудія.

Второе приложеніе къ заявленію проф. Фойницкаго мы опускаемъ. Статья „Кіевлянина“, на которую ссылается проф. Фойницкій, находя, что она „даетъ общую характеристику происходившаго“, по своему вульгарно-бранному тону, переступаетъ границы приличія. Къ тому же, едва-ли кого нибудь интересуетъ мнѣніе „Кіевлянина“ о происходившемъ,—едва-ли это мнѣніе заслуживаетъ вниманія. Содержаніе замѣтокъ „Кіевскаго Слова“ съ точностью изложено въ текстѣ „заявленія“.

II.

Комитетъ русской группы находитъ, что „при сложившихся обстоятельствахъ продолженіе засѣданій съѣзда въ Кіевѣ было бы сопряжено съ явною опасностью для самого существованія русской группы“. Такое мнѣніе со стороны комитета естественно: изъ трехъ членовъ комитета двое — гг. Фойницкій и Витте—сами активно участвовали въ тѣхъ дѣйствіяхъ, о которыхъ сами себѣ докладываютъ, участіе же третьяго члена въ засѣданіи 11 января является нѣсколько загадочнымъ, будучи сопоставлено съ извѣстіемъ, что еще между 3 и 7 января онъ былъ боленъ „продолжительной болѣзнью“. Мы полагаемъ, что оправданіе закрытія съѣзда „явною опасностью для самаго существованія русской группы“ никого не обманетъ. Спасеніе отъ опасности такимъ путемъ напоминало-бы извѣстную французскую сказку о дурачкѣ—Gribouille, нырнувшемъ въ рѣку, чтобы не промокнуть отъ дождя....

Въ „заявленіи“ г. Фойницкаго, если принимать его въ серьезъ, поражаетъ прежде всего безграничная, совершенно невѣроятная наивность. Предсѣдатель комитета русской группы въ новый годъ точно съ облаковъ свалился въ Кіевъ. Повидимому онъ совершенно искренно полагалъ, что созванный въ *Январѣ 1905 года* съѣздъ русскихъ юристовъ-криминалистовъ можетъ подчиниться требованію „ограничивать всѣ пренія и сужденія предѣлами, установленными выработанною комитетомъ программою“. Требованіе это почти комично, если вспомнить, *какіе вопросы* были предложены съѣзду и *какимъ комитетомъ*. Вопросы:—о смертной казни, о юридической помощи населенію, о судейскомъ усмотрѣніи; комитетъ—тотъ же проф. Фойницкій, съ участіемъ гг. Тютрюмова и Витте, изъ которыхъ послѣдній имѣетъ пребываніе въ Томскѣ. Выходитъ, что

съѣздъ могъ высказываться только въ тѣхъ предѣлахъ, въ какихъ это угодно г. Фойницкому, какъ бы взявшему на себя отвѣтственность за то, что съѣздъ не нашалитъ и останется паинькой. Вотъ эта то увѣренность проф. Фойницкаго и изумляетъ своей наивностью. Уже въ привѣтственныхъ рѣчахъ предсѣдатель могъ услышать ноты, вовсе не гармонирующія съ тѣмъ настроеніемъ, въ которомъ онъ открылъ съѣздъ. Предсѣдатель Томскаго юридическаго общества, проф. Розинъ, отъ имени общества выразилъ твердую увѣренность, „что съѣздъ обратитъ свое просвѣщенное вниманіе и на рядъ другихъ, неотдѣлимыхъ, связанныхъ неразрывно и болѣе принципіальныхъ вопросовъ русской правовой и общественной жизни, вопросовъ, на которые настоятельно требуетъ отвѣта живая дѣйствительность, и этотъ отвѣтъ будетъ тотъ же, какой нынѣ даютъ мыслящіе, истинно любящіе свою родину передовые русскіе люди“. Эти многозначительныя слова ничего не сказали проф. Фойницкому. Онъ и теперь, повидимому, думаетъ, вмѣстѣ съ „Кіевлянином“, что ему насолили „кіевскіе адвокаты съ пріѣзжими гастролерами“.... Главную бѣду онъ видитъ въ томъ, что выбрали не предложенныхъ имъ предсѣдателей и секретарей, а другихъ. Но такъ какъ онъ подчеркиваетъ, что считалъ себя непремѣннымъ предсѣдателемъ во все время съѣзда, со всѣми правами предсѣдателя, то мы затрудняемся уяснить себѣ, въ какомъ отношеніи дѣло бы измѣнилось, если бы на мѣстѣ предсѣдателей въ отдѣльныхъ засѣданіяхъ сидѣли, вмѣсто гг. Тесленки и Куперника, гг. Бѣлогрицъ-Котляревскій и Піонтковскій.....

Въ злополучномъ засѣданіи 4-го января къ наивности проф. Фойницкаго присоединилась полнѣйшая его растерянность, и растерянность эта отразилась на самомъ „заявленіи“. Если проф. Фойницкій считалъ и прямо высказалъ съѣзду, что резолюція, предложенная И. А. Кистяковскимъ, „явно противозаконна по своему содержанію“, то совершенно нелѣпо (чтобы не сказать—малодушно и трусливо) было предлагать ту же резолюцію въ урѣзанномъ видѣ. Еще нелѣпѣе и явно—насильственнымъ дѣйствіемъ было закрытіе съѣзда *послѣ* принятія резолюціи. Если даже допустить, что проф. Фойницкій имѣлъ вообще, какъ онъ утверждаетъ, право закрыть съѣздъ, „въ виду допущенныхъ нарушеній предѣловъ легальности“, то даже съ этой—чисто полицейской—точки зрѣнія, предѣлы легальности были, очевидно, нарушены не *принятіемъ* резолюціи, а *обсужденіемъ* ея, въ этомъ же обсужденіи принималъ участіе самъ проф. Фойницкій.

Кстати, мы настойчиво просимъ ученаго криминалиста указать намъ ту статью закона, которую, по его мнѣнію, нарушилъ съѣздъ, высказавъ свое мнѣніе о тѣхъ общихъ условіяхъ, безъ которыхъ организація юридической помощи является дѣломъ праздным и безплоднымъ. Мы думаемъ, что нарушеніе предѣловъ программы проф. Фойницкаго не можетъ всетаки считаться равносильнымъ нарушенію закона.

Повидимому, уѣхавъ изъ Кіева, проф. Фойницкій оставилъ тамъ свою наивность и растерянность. Въ его заявленіи уже сквозятъ другія качества, если не менѣе неожиданныя, то, во всякомъ случаѣ, еще менѣе симпатичныя. Мы это констатируемъ съ глубокимъ прискорбіемъ. Стремленіе проф. Фойницкаго оправдать свой образъ дѣйствія совершенно естественно. Мы готовы даже допустить, что онъ искренно себя считаетъ правымъ. Но пріемы, къ которымъ онъ прибѣгаетъ для того, чтобы „набросить тѣнь“ на дѣйствія участниковъ съѣзда, поставившихъ его въ положеніе, изъ котораго онъ не съумѣлъ выйти съ честью,—не могутъ не встрѣтить осужденія.

Въ этомъ отношеніи особенно замѣчательны два мѣста: первое—это отзывъ о резолюціи по вопросу о смертной казни. Эту резолюцію проф. Фойницкій называетъ „бьющей на эффектъ“. На самомъ дѣлѣ въ ней высказана мысль, давно уже ставшая достояніемъ научной литературы,—мысль о непримѣнимости смертной казни къ преступленіямъ политическимъ. Почему проф. Фойницкій нашелъ возможнымъ дискредитировать эту мысль, которую онъ самъ развивалъ въ своихъ сочиненіяхъ,—мы не знаемъ.

Второе мѣсто—это анонимныя свѣдѣнія, переданныя проф. Фойницкимъ, относительно предварительныхъ ночныхъ совѣщаній въ гостинницѣ Grand-Hôtel. Это указаніе какъ будто имѣетъ характеръ доноса, и потому мы воздерживаемся отъ всякихъ коментаріевъ. Будемъ лишь помнить, что въ случаѣ созыва новаго съѣзда, за членами его будетъ слѣдить, наряду со всѣми прочими, недреманное око полиціи проф. Фойницкаго.

Два обстоятельства ставитъ себѣ предсѣдатель комитета русской группы въ заслугу. Одно—это то, что онъ „ни о какихъ мѣропріятіяхъ (?) г. начальника края не просилъ“. Другое—это одобреніе и сочувствіе, выраженныя ему депутаціей отъ Кіевскаго окружнаго суда и прокурорскаго надзора и представителями Кіевской судебной палаты въ „парадныхъ покояхъ“ Кіевскаго вокзала.

Предоставимъ сенатору Фойницкому утѣшаться этими нелицемѣрными проявленіями судейскихъ и прокурорскихъ симпатій. *Профессоръ* Фойницкій, думаемъ, ни въ „парадныхъ“, ни въ простыхъ покояхъ больше симпатій своему образу дѣйствій не встрѣтитъ.— Мы увѣрены, что уже на задуманномъ имъ съѣздѣ 20 апрѣля онъ въ этомъ убѣдится.

АДМИНИСТРАТИВНАЯ ХРОНИКА.

Конецъ стараго режима.—Юридическая оцѣнка событій 9 января 1905 г.

Будущій историкъ назоветъ переживаемую нами эпоху—эпохой разложенія и упадка стараго, бюрократическаго режима. „Конецъ режима“ бываетъ двоякимъ: онъ умираетъ либо отъ острой болѣзни, либо отъ старческаго маразма. Острая болѣзнь, именуемая въ политической патологіи революціей, часто происходитъ внезапно, иногда подъ вліяніемъ не только внутреннихъ, но и внѣшнихъ причинъ. Нерѣдко она принимаетъ эпидемическій характеръ, и никакіе карантины не въ состояніи предупредить переноса заразы. Въ концѣ 40-хъ годовъ революціонной горячкой переболѣли почти всѣ государства Западной Европы. Слабые режимы, надломленные разными излишествами и хроническими болѣзнями, часто становятся жертвой революціи; болѣе крѣпкіе оказываютъ стойкое сопротивленіе революціонной бациллѣ и не только выживаютъ, но нерѣдко, побѣдивъ болѣзнь, обновляются и расцвѣтаютъ. Въ настоящее время политическая гигіена и терапія, въ дѣлѣ предупрежденія и борьбы съ остро заразной революціонной болѣзнью, сдѣлали огромные успѣхи. Предохранительныя и радикальныя терапевтическія мѣры, вродѣ полицейскаго надзора и употребленія вооруженной силы—затрудняютъ, въ значительной степени какъ самое возникновеніе, такъ и дальнѣйшее развитіе революціонной болѣзни. Даже въ государствахъ съ совершенно негоднымъ режимомъ успѣхъ революціи маловѣроятенъ.

Иное дѣло старческій маразмъ. У стараго режима, обреченнаго на смерть, нѣтъ и не можетъ быть никакихъ средствъ для борьбы съ маразмомъ; и спасенія отъ него тоже никакого нѣтъ. Одинъ

за другимъ атрофируются члены; органы отказываются функціонировать. Старческое слабоуміе, жадно цѣпляясь за жизнь, совершаетъ одно безразсудство за другимъ и, такимъ образомъ, ускоряетъ неизбѣжную развязку. Эта развязка естественно и необходимо наступаетъ въ урочный часъ. Ангелъ смерти является безъ своей традиціонной косы; онъ дунетъ,—и гаснетъ тлѣющая подъ пепломъ жизнь.

Въ настоящее время мы переживаемъ постепенное умираніе отъ старческаго маразма бюрократическаго режима; и все то, что происходитъ на нашихъ глазахъ, неопровержимо свидѣтельствуетъ о близости его неизбѣжнаго конца.

Но, конечно, умираетъ режимъ, а не государство. Государство—вѣчно; русскій народъ—Илья-Муромецъ, тридцать лѣтъ и три года сиднемъ просидѣвшій на печи—пробуждается къ новой жизни. Умираетъ старый режимъ; идетъ къ нему на смѣну новый,—на смѣну одряхлѣвшей бюрократіи идетъ молодое общество. Le roi est mort, vive le roi!

* *
*

Было бы непростительной ошибкой видѣть въ ужасномъ событіи 9 января революціонную попытку, подавленную вооруженной силой; всѣ эти разговоры и толки о временномъ, или революціонномъ правительствѣ—до очевидности нелѣпы. Рабочее движеніе, вылившееся въ форму „петиціоннаго шествія“—антиреволюціонно, по своему внутреннему смыслу. Рабочіе шли къ Царю, который все можетъ и все хочетъ сдѣлать для своего народа. Идеологія рабочаго движенія лучше всего доказываетъ, что этому движенію оставались чужды не только революціонные, но и, вообще, оппозиціонные элементы русской интеллигенціи. Кровавое столкновеніе вооруженныхъ силъ съ невооруженной и мирной толпой явилось результатомъ „рокового недоразумѣнія“; оно создано напуганнымъ воображеніемъ и одряхлѣвшею мыслью бюрократіи.

Событіе 9 января можетъ быть оцѣниваемо съ разныхъ точекъ зрѣнія.

Съ политической точки зрѣнія, оно должно быть признано огромной и неисправимой ошибкой. Не подлежитъ сомнѣнію, что десять лѣтъ политической агитаціи въ рабочей средѣ не могли бы дать того результата, который данъ однимъ днемъ 9 января. И если друзья прогресса осуждаютъ событіе этого дня потому, что имъ созданы новыя препятствія для мирнаго развитія политической

жизни страны, то друзья застоя должны его осуждать потому, что имъ нанесенъ тяжелый ударъ существующему порядку. Не въ одномъ Петербургѣ, на всей Россіи отозвалось событіе 9 января, и врядъ ли можно сомнѣваться въ томъ, что послѣдствія его, не поддающіяся человѣческому предвидѣнію, неисчислимы.

Не станемъ, однако, останавливаться на политической оцѣнкѣ разсматриваемаго событія. На страницахъ „Вѣстника Права“ наиболѣе умѣстна его юридическая оцѣнка.

Говоря о юридической квалификаціи какого либо событія, мы должны, разумѣется, стоять на почвѣ дѣйствующаго права. Съ точки зрѣнія дѣйствующаго права, „петиціонное шествіе“ рабочихъ несомнѣнно имѣло незаконный характеръ. Ст. 112 уст. о пред. и пресѣч. прест.. воспрещаетъ учинять прошеніе скопомъ. Этимъ сказано все. Конечно, въ порядкѣ верховнаго управленія шествіе могло быть разрѣшено, и прошеніе принято; но, разъ это не послѣдовало, полиція обязана была всѣми, имѣющимися въ ея распоряженіи средствами, предупредить и прекратить скопленіе рабочихъ на дворцовой площади. Для этой цѣли гражданскія власти имѣли несомнѣнное право обратиться за содѣйствіемъ къ военной силѣ. Такимъ образомъ, при юридической оцѣнкѣ событія 9 января, вопросъ возникаетъ не о призывѣ войска, а объ употребленіи войсками оружія. Само собою разумѣется, что употребленіе оружія при прекращеніи безпорядковъ должно быть разсматриваемо, какъ крайнее средство; именно потому оно обставляется въ законѣ рядомъ существенныхъ и необходимыхъ гарантій. Соблюденіе этихъ гарантій является необходимымъ условіемъ законномѣрности дѣйствія оружіемъ. Вопросъ, слѣдовательно, заключается въ томъ, были ли онѣ соблюдены 9 января?

Обратимся къ закону.

По прямому смыслу приложенія къ ст. 316 (прим.) общ. учр. губ., войска вызываются лишь для содѣйствія гражданскимъ властямъ. Прекращеніе безпорядковъ лежитъ на обязанности гражданскихъ властей, и войска оказываютъ имъ только въ необходимыхъ случаяхъ содѣйствіе. Въ частности, согласно ст. 16 приложенія, опредѣленіе времени, когда войска должны приступить къ дѣйствію оружіемъ, зависитъ отъ усмотрѣнія гражданскаго начальства. Прежде чѣмъ распорядиться о дѣйствіи оружіемъ, гражданское начальство должно исчерпать всѣ зависящія отъ него средства къ усмиренію неповинующихся. Въ особенности, оно должно принять всѣ возможныя мѣры, чтобы во время дѣйствія войскъ

оружіемъ не пострадали лица, неприкосновенныя къ безпорядкамъ и волненіямъ (ст. 20 прилож.). Для распоряженія на мѣстѣ безпорядковъ, градоначальнику и министру внутреннихъ дѣлъ предоставляется командировать спеціально назначенныхъ для этой цѣли лицъ (прим. къ ст. 16).

Такимъ образомъ, первый рядъ вопросовъ, возникающихъ при юридической оцѣнкѣ событія 9 января, заключается въ слѣдующемъ. Вездѣ ли на мѣстѣ безпорядковъ находилось гражданское начальство? Если оно находилось вездѣ, отъ него ли исходило всегда приказанье приступать къ дѣйствію оружіемъ? Если оно исходило отъ него, были ли имъ предварительно исчерпаны другія, болѣе мягкія средства и, въ частности, были ли приняты мѣры для огражденія жизни и здоровья непричастныхъ къ безпорядкамъ лицъ?

Мы не сомнѣваемся въ томъ, что безпристрастное изслѣдованіе событія 9 января неопровержимо доказало бы, что гражданское начальство не вездѣ распоряжалось на мѣстѣ безпорядковъ, что опредѣленіе времени, когда войска должны приступить къ дѣйствію оружіемъ, исходило отъ военнаго, а не гражданскаго начальства, и что, наконецъ, никакихъ предупредительныхъ мѣръ ни въ отношеніи рабочихъ, ни въ отношеніи посторонних свидѣтелей событія гражданскою властью принимаемо не было.

Если это такъ, гражданскія власти подлежали бы отвѣтственности по ст. 341 улож. о наказ., предусматривающей случаи превышенія и бездѣйствія власти.

Идемъ дальше.

Получивъ указаніе о необходимости дѣйствія оружіемъ, военное начальство распоряжается самостоятельно. Неповинующіеся должны быть предварены о томъ, что послѣ троектратнаго сигнала на трубѣ, горнѣ или барабанѣ начнется дѣйствіе оружіемъ. Способъ дѣйствія оружіемъ предоставляется усмотрѣнію военнаго начальника, но съ тѣмъ, чтобы къ огнестрѣльному оружію прибѣгать только въ случаѣ *крайней необходимости*, когда никакими другими средствами нельзя будетъ прекратить безпорядокъ (ст. 17 прилож.). Ст. 144 воинскаго уст. о наказ. воспрещаетъ, подъ страхомъ уголовной кары, употребленіе оружія безъ крайней въ томъ необходимости.

Предположимъ, что указаніе о необходимости дѣйствія оружіемъ военное начальство получило отъ гражданскаго. Но, въ такомъ случаѣ, возникаютъ новые вопросы: было ли дѣйствіе военно-

нымъ начальствомъ, до употребленія оружія, требуемое закономъ предупрежденіе; былъ ли даваемъ троекратный сигналъ и, наконецъ, всегда ли имѣлась налицо та *крайняя необходимость*, которая, по закону, единственно оправдываетъ употребленіе *огнестрѣльнаго* оружія?

Мы не знаемъ, какъ опредѣлилъ бы, въ данномъ случаѣ, судъ, если бы ему пришлось высказаться по разсматриваемому вопросу, понятіе крайней необходимости. Мы готовы допустить, что судъ призналъ бы наличность такой необходимости въ тѣхъ случаяхъ, когда толпа, не смотря на увѣщанія и предупрежденія, неуклонно движется впередъ, но, съ другой стороны, мы не сомнѣваемся въ томъ, что онъ отвергъ бы такую необходимость („крайнюю необходимость“) въ тѣхъ случаяхъ, когда толпа, не смотря на предупрежденія, остается неподвижно на мѣстѣ. А между тѣмъ, не было ли случаевъ стрѣлянія, именно, въ неподвижно-стоящую толпу? двигалась ли, или, наоборотъ, стояла неподвижно та толпа у Александровскаго сада, въ которую пущено было нѣсколько залповъ?

Такимъ образомъ, если даже предположить, что военное начальство вездѣ получало указаніе о дѣйствіи оружіемъ отъ гражданской власти,—и въ такомъ случаѣ стрѣлянье въ безоружную и неподвижно-стоящую толпу должно бы быть признано противозаконнымъ дѣяніемъ; совершившіе его военные начальники подлежали бы отвѣтственности по ст. 144 воинск. уст. о нак.

Но остановимся на другомъ предположеніи; допустимъ, что гражданское начальство на мѣстѣ безпорядковъ—по крайней мѣрѣ, въ нѣкоторыхъ случаяхъ—отсутствовало вовсе, и что, такимъ образомъ, военные начальники не могли отъ него получить указанія о дѣйстіи оружіемъ. Какъ обязаны были войска поступить въ такомъ случаѣ?

Законъ вполнѣ категоричен.

При отсутствіи на мѣстѣ безпорядка гражданскаго начальства, прибывшій съ войскомъ военный начальникъ распоряжается по своему усмотрѣнію (ст. 16 прилож.); при этомъ, однако, дѣйствіе оружіемъ разрѣшается ему *только въ двухъ случаяхъ*: когда сдѣлано было нападеніе на войска, или когда окажется нужнымъ спасти быстрымъ дѣйствіемъ жизнь лицъ, подвергшихся насиліямъ со стороны возмутившихся (ст. 18 прилож.).

Согласно правительственному сообщенію, кровавыя столкновенія между рабочими и войсками произошли 9 января вслѣдствіе упор-

наго сопротивленія толпы подчиниться требованіямъ разойтись, *а иногда даже* нападенія на войска.

Мы думаемъ, что даже при наличности распоряжающагося на мѣстѣ безпорядковъ гражданскаго начальства, залпы въ толпу, отказывающуюся разойтись, не разрѣшаются закономъ. Допустимъ, однако, что упорное нежеланіе толпы разойтись создаетъ ту „крайнюю необходимость“, при наличности которой законъ разрѣшаетъ употребленіе огнестрѣльнаго оружія. Во всякомъ случаѣ, *при отсутствіи гражданскаго начальства*, по точному смыслу закона, употребленіе огнестрѣльнаго оружія могло имѣть мѣсто *только* при томъ условіи, что толпою, дѣйствительно, произведено было нападеніе на войска. Упорное нежеланіе разойтись *никоимъ образомъ* не давало военнымъ начальникамъ права *самопочинно* стрѣлять въ толпу.

А между тѣмъ, даже по словамъ правительственнаго сообщенія, подобные случаи несомнѣнно имѣли мѣсто. При такихъ условіяхъ нельзя, казалось бы, не признать противозаконности дѣяній военнаго начальства, распоряжавшагося на мѣстѣ безпорядковъ; эти дѣянія предусмотрѣны статьями 144 и 150 воинск. уст. о наказ.

Этимъ, конечно, не сказано, что гражданскія и военныя власти, въ дѣйствительности, будутъ привлечены къ отвѣтственности. Нашъ законъ создаетъ достаточныя гарантіи безнаказанности должностныхъ преступленій. Должностныя лица могутъ быть привлекаемы къ уголовной отвѣтственности не иначе, какъ съ разрѣшенія своего начальства. Въ данномъ случаѣ, такое разрѣшеніе начальства мало вѣроятно, хотя-бы уже потому, что виновные въ нарушеніи закона, по всей вѣроятности, дѣйствовали сообразно полученнымъ ими предписаніямъ и распоряженіямъ того-же начальства.

Но какъ-бы то ни было, мы не можемъ не выразить своей глубокой увѣренности въ томъ, что если-бы при усмиреніи безпорядковъ 9 января компетентными властями соблюдался законъ, въ этотъ день кровопролитія не произошло-бы вовсе, или, во всякомъ случаѣ, число его жертвъ насчитывалось-бы единицами, а не сотнями.

* * *

Протоколъ засѣданія уголовнаго отдѣленія Юридическаго Общества 13 ноября 1904 г.

13 ноября 1904 г. въ помѣщеніи С.-Петербургскаго столичнаго мироваго съѣзда состоялось подъ предсѣдательствомъ И. Г. Щегловитова засѣданіе уголовнаго отдѣленія Юридическаго Общества при С.-Петербургскомъ университетѣ, посвященное обсужденію проекта отдѣла уголовныхъ вопросовъ Высочайше учрежденной коммисіи для разработки мѣропріятій, вызываемыхъ изданіемъ новаго уголовнаго уложенія о введеніи въ Россіи условнаго осужденія. И. Г. Щегловитовъ указалъ, что принципіальный вопросъ о желательности введенія въ Россіи условнаго осужденія уже разрѣшенъ уголовнымъ отдѣленіемъ Юридическаго Общества 6 ноября, и потому въ настоящемъ засѣданіи надлежитъ остановиться на постатейномъ обсужденіи проекта новаго закона, съ чѣмъ собраніе вполнѣ согласилось.

Затѣмъ было приступлено къ обсужденію ст. 1 проекта, изложенной слѣдующимъ образомъ: По дѣламъ о предусмотрѣнныхъ уголовнымъ уложеніемъ или уставами административныхъ и казенныхъ управленій преступныхъ дѣяніяхъ, за учиненіе коихъ виновный присужденъ къ заключенію въ крѣпости или тюрьмѣ на срокъ не свыше одного года, къ аресту на срокъ не свыше шести мѣсяцевъ или къ денежной пенѣ въ размѣрѣ не свыше пятисотъ рублей, судъ вправѣ постановить объ отсрочкѣ наказанія, если осужденный, по своему возрасту, состоянію, чистосердечному сознанію и прежнему безупречному поведенію, а равно въ виду возмѣщенія имъ потерпѣвшему причиненнаго ущерба и другихъ обстоятельствъ, заслуживаетъ такого снисхожденія.

В. Д. Набоковъ отъ имени коммисіи, разсматривавшей проектъ, указываетъ на то, что перечень обстоятельствъ, при на-

личности которыхъ судъ вправѣ постановить объ отсрочкѣ наказанія, совершенно излишенъ. Помимо чисто принципіальныхъ соображеній по этому поводу, вытекающихъ изъ невозможности охватить въ этомъ перечнѣ моменты, которые могутъ обусловить необходимость примѣнить къ подсудимому условное осужденіе, самая терминологія этого перечня неясна и малоудовлетворительна и можетъ дать поводъ къ различнаго рода сомнѣніямъ—такъ напр., неясно, въ какомъ смыслѣ проектъ употребляетъ слово „состояніе“. Исходя изъ того, что институтъ условнаго осужденія вводится въ видѣ опыта, В. Д. Набоковъ высказалъ лично отъ себя и отъ имени М. М. Боровитинова, что необходимо примѣненіе условнаго осужденія поставить въ зависимость отъ наказанія, указаннаго закономъ in abstracto, въ предѣлахъ отъ денежной пени до тюрьмы или крѣпости до одного года включительно, а не въ зависимости отъ того наказанія, къ которому приговоренъ подсудимый судомъ.

С. К. Гогель не согласенъ съ послѣднимъ замѣчаніемъ В. Д. Набокова, находя, что коммисія, составлявшая проектъ, правильно послѣдовала западно-европейскимъ образцамъ, отступать отъ которыхъ нѣтъ основаній. Но въ виду своеобразнаго характера наказаній, налагаемыхъ за нарушенія спеціальныхъ уставовъ, С. К. Гогель полагалъ бы къ виновнымъ въ учиненіи этого рода проступковъ условнаго осужденія не примѣнять, ибо примѣненіе его въ этихъ случаяхъ можетъ вызвать серьезныя затрудненія.

М. М. Боровитиновъ не раздѣляетъ воззрѣній С. К. Гогеля на непримѣнимость условнаго осужденія къ лицамъ, нарушившимъ спеціальные уставы, и думаетъ, что изъятій для этихъ лицъ при введеніи обсуждаемаго института дѣлать не слѣдуетъ.

О. О. Грузенбергъ находитъ всю редакцію 1 статьи неправильной и прежде всего считаетъ невозможнымъ называть условное осужденіе постановленіемъ объ отсрочкѣ наказанія. Грамматическій смыслъ словъ „отсрочки наказанія“ говоритъ за то, что наказаніе только отсрачивается на извѣстное время, по истеченіи коего наказаніе все же наступитъ, и въ такой формулировкѣ кроется введеніе въ заблужденіе непосвященнаго въ юридическія тонкости человѣка. Неправильность терминологіи становится бьющей въ глаза, если сопоставить ст. 1 и ст. 6 проекта. Въ ст. 6 прямо указывается, что при наступленіи извѣстныхъ условій (а именно при несовершеніи новаго преступленія) наказаніе почитается исполненнымъ со дня провозглашенія приговора. Отсрочка наказанія

русскому законодательству уже извѣстна, она предполагаетъ временную пріостановку исполненія приговора, по особымъ причинамъ, по минованіи которыхъ наказаніе приводится въ исполненіе. Въ виду настоятельной необходимости, чтобы въ законѣ употреблялись правильные и недопускающіе различныхъ толкованій термины, нужно иначе формулировать ст. 1 и 6, подчеркнувъ, что въ случаѣ, если условно осужденный въ теченіе извѣстнаго времени не совершитъ новаго преступленія, то онъ освобождается отъ наказанія. Центръ тяжести именно лежитъ въ томъ, что при извѣстныхъ условіяхъ наказаніе не примѣняется. По вопросу, выдвинутому коммисіей въ лицѣ М. М. Боровитинова и В. Д. Набокова, о томъ, ставить ли примѣненіе судомъ условнаго осужденія въ зависимость отъ размѣровъ наказанія, указаннаго закономъ in abstracto или отъ размѣра наказанія, къ коему подсудимый приговоренъ судомъ,—г. Грузенбергъ присоединяется къ авторамъ проекта. Примѣненіе условнаго осужденія къ учинившимъ нарушенія казенныхъ уставовъ не представляетъ никакихъ трудностей, и было бы несправедливо не распространять на нихъ благодѣтельнаго института, пожертвовавъ имъ въ интересахъ казны.

В. А. де-Плансонъ указываетъ на то, что принципіально вопросъ о желательности и цѣлесообразности введенія въ Россіи института условнаго осужденія рѣшенъ въ утвердительномъ смыслѣ, между тѣмъ считаютъ возможнымъ примѣнять условное осужденіе только къ тѣмъ, кто по приговору суда долженъ подвергнуться лишь краткосрочному заключенію. Къ лицамъ, приговореннымъ къ долгосрочному заключенію, институтъ этотъ предположено не примѣнять. Врядъ ли это правильно. Если исходить изъ тѣхъ основаній, по которымъ признаютъ желательнымъ признать институтъ условаго осужденія, то послѣдовательность требуетъ признанія примѣнимости условнаго осужденія и тогда, когда совершено преступленіе, влекущее за собою долгосрочное заключеніе. Единственный вопросъ, который можетъ возникнуть, сведется къ тому, возможно ли довѣрять суду, что онъ будетъ примѣнять условное осужденіе въ тѣхъ случаяхъ, когда это, дѣйствительно, нужно, но этотъ вопросъ есть вопросъ вообще о довѣріи къ суду. Лично В. А. де-Плансонъ суду и присяжнымъ засѣдателямъ вѣритъ и глубоко убѣжденъ, что примѣняться условное осужденіе будетъ надлежащимъ образомъ; по его мнѣнію, къ тѣмъ лицамъ, которыя совершатъ преступленія въ состояніи нарушеннаго душевнаго покоя, подъ вліяніемъ оскорбленнаго чувства или въ силу особыхъ условій, побудившихъ совершить даже важное

преступленіе, возможно примѣнять безъ всякаго риска условное осужденіе. По мнѣнію В. А. де-Плансона, условное осужденіе примѣнимо ко всякаго рода уголовнымъ дѣламъ, причемъ осуществленіе его должно быть предоставлено коронным судьямъ и присяжнымъ засѣдателямъ.

С. А. Изнаръ полагаетъ, что коммисія напрасно разсматривала вопросъ узко; она не вышла изъ предѣловъ министерскаго проекта знающаго институтъ въ очень укороченномъ видѣ. Даже наиболѣе рьяный защитникъ этого института въ коммисіи С. К. Гогель удовольствовался рамками проекта; прочіе же члены относятся къ институту далеко не благопріятно—М. М. Боровитиновъ вообще противъ него, а В. Д. Набоковъ, впадая въ нѣкоторое противорѣчіе, допускаетъ условное осужденіе какъ меньшее зло. На вопросъ нужно смотрѣть шире и не считать себя связаннымъ проектомъ. Введеніе института условнаго осужденія мало что измѣнитъ, ибо корень зла глубже. Нужно искать его въ иномъ мѣстѣ—у насъ несовершенны законы уголовные какъ матеріальные такъ и процессуальные. Вопросъ о борьбѣ съ преступностью поставленъ крайне неудовлетворительно, такъ же какъ и вопросъ о классификаціи преступниковъ, крайне важный для разрѣшенія вопроса о борьбѣ съ преступностью. До сихъ поръ не выяснено, представляетъ ли условное осужденіе наказаніе или нѣтъ. Поэтому, подлежитъ болѣе серьезно отнестись къ принципіальной сторонѣ проекта и было бы правильно образовать спеціальную коммисію для изученія ея.

И. Г. Щегловитовъ предлагаетъ С. А. Изнару высказаться по вопросу о томъ, не слѣдуетъ ли въ такомъ случаѣ повременить съ разсмотрѣніемъ проекта Министерства Юстиціи до заключенія работъ коммисіи, которую С. А. предлагаетъ учредить, или продолжать это обсужденіе, не выжидая результатовъ ея работъ. Кромѣ того, въ случаѣ, если С. А. думаетъ, что слѣдуетъ продолжать разсмотрѣніе проекта, то интересно выслушать его мнѣніе о томъ, какъ онъ относится къ предложеніимъ О. О. Грузенберга и В. А. Плансона.

С. А. Изнаръ полагаетъ, что откладывать разсмотрѣніе проекта отнюдь не слѣдуетъ; введеніе института нужно привѣтствовать, причемъ поправка В. А. Плансона ему очень симпатична. Вмѣстѣ съ тѣмъ С. А. Изнаръ подчеркиваетъ необходимость выяснить и подробно разработать принципіально вопросъ о томъ, представляетъ ли собою условное осужденіе наказаніе или нѣтъ.

И. Г. Щегловитовъ выражаетъ опасеніе, чтобы слишкомъ

теоретическая постановка вопроса не отодвинула на задній планъ практическихъ вопросовъ, связанныхъ съ проектомъ предложенныхъ на обсужденіе юридическаго общества.

М. М. Боровитиновъ думаетъ, что широкая принципіальная постановка вопроса, сдѣланная С. А. Изнаромъ, несомнѣнно имѣетъ raison d'être. Нужно выяснить не только природу института, но и то, насколько нужно и возможно держаться старыхъ пріемовъ въ борьбѣ съ преступностью. Быть можетъ въ интересахъ успѣшности этой борьбы своевременно выйти изъ предѣловъ современной пенитенціарной системы? Нужно просить С. А. Изнара разработать затронутый вопросъ и подѣлиться своими соображеніями съ юридическимъ обществомъ, а пока продолжать разсмотрѣніе проекта. Лично М. М. Боровитиновъ долженъ засвидѣтельствовать, что будучи принципіальнымъ противникомъ института, онъ, однако, при разсмотрѣніи отдѣльныхъ положеній проекта, всегда становился на точку зрѣнія защитника института и искренне заботился объ обезпеченіи за нимъ цѣлесообразнаго примѣненія въ Россіи.

С. А. Изнаръ отмѣчаетъ, что предложенная имъ работа непосильна его единичнымъ силамъ и что выполненіе ея, конечно, болѣе доступно юридическому обществу.

С. К. Гогель думаетъ, что формулировка М. М. Боровитиновымъ предложенія С. А. Изнара совершенно правильна, но та работа, которую предлагаетъ С. А. есть работа вѣковая, которую, конечно, исполнить единичными усиліями невозможно. Между тѣмъ вопросъ, обсуждаемый въ настоящемъ засѣданіи, касается одной изъ чисто практическихъ мѣръ. Въ виду этого же, чисто практическаго характера вопроса, признавая принципіальныя указанія В. А. Плансона совершенно правильными и выражая надежду, что въ будущемъ условное осужденіе будетъ постепенно охватывать всѣ роды и виды преступленій, С. К. Гогель считалъ бы болѣе цѣлесообразнымъ оставить для будущаго времени заботу о расширеніи области преступныхъ дѣяній, въ отношеніи коихъ будетъ допускаться условное осужденіе. Въ настоящее же время онъ, убѣжденный защитникъ института условнаго осужденія, полагаетъ остаться въ границахъ, указанныхъ проектомъ. Вмѣстѣ съ тѣмъ С. К. Гогель выразилъ полное сочувствіе заявленію В. А. Плансона, чтобы присяжные засѣдатели участвовали въ примѣненіи условнаго осужденія, о чемъ имъ, Гогелемъ, и предложенъ особый заключительный тезисъ.

С. А. Изнаръ въ виду выслушанныхъ соображеній не настаиваетъ на сдѣланномъ имъ предложеніи.

И. М. Гордонъ не усматриваетъ серьезныхъ основаній къ ограниченію сферы примѣненія условнаго осужденія только тѣми преступленіями и проступками, къ которымъ допускаетъ возможность примѣненія условнаго осужденія проектъ. Весь вопросъ вѣдь сводится къ тому, въ чемъ лежитъ центръ тяжести обсуждаемаго института. Если центръ лежитъ въ свойствѣ личности преступника, а онъ именно и лежитъ здѣсь, то тогда при отсутствіи связи между личностью преступника и тяжестью наказанія за совершеніе того или иного преступленія, разумѣется можно согласиться съ мнѣніемъ В. А. Плансона. Противъ этого положенія могутъ указать на то, что къ суду въ смыслѣ расширенія его полномочій нужно относиться осторожно, но это возраженіе падаетъ, если припомнить данныя практики, что судъ блестяще оправдалъ довѣріе законодателя. Могутъ сослаться и на то, что отъ широкаго примѣненія условнаго осужденія пострадаетъ престижъ уголовнаго закона, но не слѣдуетъ забывать, что престижъ уголовнаго закона можетъ пострадать лишь въ томъ случаѣ, если условное осужденіе будетъ примѣняться неправильно.

Ѳ. І. Гредингеръ указываетъ на то, что условное осужденіе, по проекту, будетъ примѣняться также и къ такимъ проступкамъ, которые влекутъ за собою наложеніе денежнаго взысканія. Однако, противъ примѣненія условнаго осужденія въ тѣхъ случаяхъ, когда осужденный приговоренъ къ уплатѣ штрафа, встрѣчаются серьезныя возраженія въ иностранной литературѣ (Arschratt, Beranger и даже Liszt). Возраженія эти приводятся обыкновенно во имя того, что наказаніе не примѣняется исключительно въ виду признаннаго всѣми гибельнаго вліянія на осужденнаго тюрьмы; этого опаснаго вліянія тюрьмы нѣтъ, разъ вообще наказаніе состоитъ не въ тюремномъ заключеніи, а въ обязанности уплатить денежную пеню. За этими указаніями нужно признать серьезное значеніе. Въ Россіи, помимо всего, колоссальную трудность представитъ собою регистрація такихъ условно осужденныхъ. У насъ ежегодно присуждаютъ къ денежнымъ взысканіямъ до 500 тыс. лицъ; при трехлѣтней давности погашенія приговора общее число зарегистрированныхъ достигнетъ цифры въ 1.500.000 чел. Даже при большой сноровкѣ выясненіе прежней судимости потребуетъ значительнаго количества времени, не говоря уже о техническихъ трудностяхъ по составленію такихъ списковъ. Конечно, правильны

будутъ указанія сторонниковъ примѣненія условнаго осужденія въ возможно болѣе широкихъ границахъ, что такимъ путемъ будетъ допущена въ отношеніи очень большой категоріи лицъ нѣкоторая несправедливость, но нельзя будетъ тѣмъ не менѣе упускать изъ виду и интересовъ правильнаго отправленія дѣла правосудія. Ораторъ рекомендуетъ обратить вниманіе на принудительныя общественныя работы. Этотъ видъ наказанія послѣднее время привлекаетъ серьезныхъ защитниковъ, среди которыхъ можно указать проф. Листа.

С. К. Гогель возражаетъ Ѳ. І. Гредингеру и думаетъ, что примѣненіе условнаго осужденія къ лицамъ, приговореннымъ къ уплатѣ денежнаго штрафа, нисколько не противорѣчитъ тѣмъ основнымъ принципамъ, во имя которыхъ вызванъ этотъ институтъ къ жизни и, руководствуясь которыми, нужно настаивать скорѣе на расширеніи, нежели на суженіи сферы его примѣненія. Что же касается тѣхъ техническихъ трудностей, которыя, по мнѣнія Ѳ. І. Гредингера, должна представить собою регистрація условно-осужденныхъ, то опасаться ихъ совершенно излишне. Прежде всего достаточно вообще довольствоваться *мѣстною* регистраціею а не общею, а во вторыхъ опытъ западныхъ странъ въ этомъ отношеніи очень богатъ и весьма поучителенъ.

Проф. Абрамовичъ-Барановскій выдвигаетъ на первый планъ необходимость относиться съ большимъ довѣріемъ къ суду. Судъ это довѣріе заслужилъ; судебные уставы въ достаточной мѣрѣ гарантируютъ надлежащее отправленіе дѣла правосудія. Любопытно то, что военному праву извѣстно своего рода условное осужденіе, но организація тамъ этого института нѣсколько иная. Наказаніе временно не примѣняется и примѣненіе его ставится въ зависимость отъ усмотрѣнія военнаго начальства. Такъ, въ военное время приведеніе въ исполненіе всѣхъ исправительныхъ наказаній отсрочивается до окончанія войны, при чемъ военное начальство можетъ смягчить наказаніе еще во время войны или даже совсѣмъ не примѣнять его. Разрѣшеніе этого вопроса предоставлено командующему или даже главнокомандующему войсками. По мнѣнію оратора, правильнѣе обсуждать первую статью проекта совмѣстно съ третьею; обсужденіе только первой статьи безъ одновременнаго разсмотрѣнія третьей суживаетъ перспективу.

Кн. Друцкій находитъ аналогію, проведенную проф. Абрамовичемъ-Барановскимъ между институтомъ условнаго осужденія

и неприведеніемъ наказанія въ военномъ вѣдомствѣ, не правильною. То, что практикуется въ военномъ вѣдомствѣ, скорѣе приближается къ помилованію. Къ обсужденію вопроса о примѣненіи условнаго осужденія въ войскахъ нельзя подходить съ общихъ точекъ зрѣнія, ибо въ военной средѣ слишкомъ много совершенно своеобразныхъ условій и требованій.

В. Д. Набоковъ полагаетъ, что нѣтъ никакихъ серьезныхъ основаній къ замѣнѣ термина отсрочка наказанія какимъ либо инымъ терминамъ.

Всѣмъ ясно значеніе термина, употребленнаго авторами проекта. О наименованіи института условнаго осужденія въ научной литературѣ спорили очень много. Въ сущности противъ всякаго термина какъ не примѣненіе наказанія, отсрочка наказанія, погашеніе наказанія и т. д. можно представить рядъ возраженій. Что касается выдвинутаго В. А. Плансономъ и поддержаннаго многими предложенія расширить сферу примѣненія условнаго осужденія, то въ этомъ отношеніи положеніе принципіальныхъ противниковъ лучше его защитниковъ, ибо послѣдніе, если допускать примѣненіе условнаго осужденія въ ограниченномъ размѣрѣ, должны доказать, почему невозможно примѣнять условное осужденіе къ лицамъ, совершившимъ преступленія, влекущія за собою болѣе тяжкія наказанія, чѣмъ заключеніе въ тюрьмѣ или крѣпости на годичный срокъ. Личное мнѣніе оратора таково, что разъ допускать условное осужденіе, то нѣтъ основаній къ непримѣненію его къ лицамъ, совершимъ и болѣе серьезныя преступленія.

И. Г. Щегловитовъ проситъ высказаться по вопросу, слѣдуетъ ли ставить предлагаемыя къ ст. 1 проекта поправки на баллотировку.

В. А. Плансонъ полагаетъ, что вопросъ о примѣненіи условнаго осужденія ко всѣмъ преступленіямъ непремѣнно долженъ быть поставленъ на баллотировку. Необходимость примѣненія условнаго осужденія къ преступникамъ, учинившимъ тяжкія преступленія, составляетъ его глубокое убѣжденіе. Въ своей практикѣ юриста-адвоката ораторъ имѣлъ возможностя не разъ убѣждаться въ томъ, что преступникъ, особенно приговоренный къ серьезному наказанію, боится наказанія только до суда. Затѣмъ онъ какъ бы махаетъ на себя рукою, будучи убѣжденъ, что его благополучное существованіе въ тюрьмѣ или на каторгѣ мыслимо лишь при условіи приспособленія къ средѣ. Никто никогда не живетъ по уложенію; цѣлый рядъ самыхъ серьезныхъ преступленій совершаетс я

людьми, не преступными по натурѣ и потому понятно чувство присяжныхъ засѣдателей, когда они такимъ преступникамъ выносятъ оправдательные приговоры и тѣмъ даютъ возможность этимъ людямъ вернуться къ трудовой жизни. Для лицъ, совершившихъ преступленія именно при такихъ условіяхъ, самый судъ представляетъ гораздо большее наказаніе, чѣмъ послѣдующее заключеніе въ тюрьмѣ и потому самое лучшее и цѣлесообразное отпускать такихъ преступниковъ на свободу, осуждая ихъ условно.

М. М. Боровитиновъ предлагаетъ вопросы баллотировать и ссылается на то, что обыкновенно въ такихъ случаяхъ взгляды большинства и меньшинства рѣшаются путемъ баллотировки.

И. Г. Щегловитовъ группируетъ сдѣланныя отдѣльными ораторами возраженія противъ первой статьи проекта. Возраженія эти сводятся къ указанію: 1) на необходимость примѣнять условное осужденіе къ лицамъ, совершившимъ всякія преступныя дѣянія; 2) на необходимость примѣнять условное осужденіе, сообразуясь съ размѣромъ наказанія, опредѣленнымъ in abstracto закономъ, а не in concreto судомъ; 3) на невозможность примѣнять условное осужденіе къ лицамъ, совершившимъ нарушенія казенныхъ уставовъ, или такіе проступки, за которые налагаются денежныя взысканія, 4) на желательность замѣнить выраженіе отсрочки наказанія другимъ „наказаніе не примѣняется, если . . ., и 5) на необходимость устранить перечень въ законѣ обстоятельствъ, могущихъ обусловить необходимость примѣнить условное осужденіе.

Изъ всѣхъ этихъ вопросовъ былъ подвергнутъ голосованію только первый вопросъ въ виду особой его важности, причемъ за примѣненіе условнаго осужденія ко всѣмъ преступленіямъ было подано 14 голосовъ противъ 12.

Затѣмъ было приступлено къ обсужденію ст. 2 проекта. Статья эта гласитъ такъ: „при условіяхъ, указанныхъ въ ст. 1, отсрочка наказанія назначается на 3 года, если виновный присужденъ къ таковому за учиненіе проступка, и на пять лѣтъ, если онъ присужденъ къ наказанію за учиненіе преступленія, причемъ суду сверхъ того предоставляется потребовать отъ осужденнаго, по своему усмотрѣнію, представленія залога въ размѣрѣ не свыше 500 рублей“.

В. Д. Набоковъ отъ имени коммисіи возражаетъ противъ требованія залога, равно какъ считаетъ безцѣльнымъ замѣнить требованіе залога требованіемъ представить поручителя, каковую замѣну предлагалъ въ коммисіи Юридическаго общества С. К. Го-

гель. Въ данномъ случаѣ и залогъ, и поручительство представляютъ собою почти равновеликія величины; и то и другое создаетъ privilegium odiosum для тѣхъ обвиняемыхъ, которые окажутся не въ состояніи внести залогъ или представить поручителя. Разъ весь смыслъ условнаго осужденія покоится на психологическихъ основахъ, то вводить чисто формальныя условія для примѣненія его совершенно излишне. Внесеніе залога или представленіе поручительства составитъ самостоятельный часто для осужденнаго весьма непріятный и тягостный къ условному осужденію придатокъ.

С. К. Гогель думаетъ, что требованіе залога, дѣйствительно, нежелательно. Что же касается поручительства, то оно должно представить своего рода патронатъ, и для того, чтобы это поручительство не было для публики совершенно пустымъ звукомъ, нужно взять сравнительно высокую цифру—100 рублей.

И. Г. Щегловитовъ указываетъ, что требованіе залога предоставляется усмотрѣнію суда. Такимъ образомъ, постановка его въ самомъ проектѣ чисто факультативнаго характера. Соображенія авторовъ проекта имѣли въ виду такого рода проступки, которые учиняются сравнительно зажиточными людьми и часто повторяются, напр. буйство купчиковъ въ ресторанахъ, въ общественныхъ мѣстахъ. Въ такихъ случаяхъ требованіе залога имѣетъ извѣстное значеніе. Что же касается предложенія С. К. Гогеля замѣнить залогъ поручительствомъ, то противъ этого предложенія нельзя не возразить. Поручительство поставитъ одного человѣка въ зависимость отъ другого. Достаточно будетъ поручителю поссориться изъза мелочи съ субъектомъ, за котораго онъ поручился, и нѣтъ гарантіи, что онъ не возьметъ своего поручительства обратно, поставивъ тѣмъ самымъ въ очень тягостное положеніе условно осужденнаго.

М. М. Боровитиновъ думаетъ, что ссылка на факультативность требованія судомъ залога врядъ ли можетъ избавить проектъ въ этой его части отъ справедливыхъ нареканій. Помимо доводовъ, приведенныхъ В. Д. Набоковымъ, нужно указать, что факультативность этого требованія сведется къ тому, что практика судовъ въ этомъ отношеніи будетъ весьма различна и даже произвольна, а это, разумѣется, очень нежелательно.

В. А. Плансонъ полагаетъ, что возможность требовать отъ осужденнаго залогъ подрываетъ весь институтъ въ его корнѣ. Какой смыслъ освобождать, если требуютъ залога. Можетъ быть только одно изъ двухъ—или вѣрить и въ такомъ случаѣ отпустить или,

не вѣря подсудимому, отказать въ условномъ осужденіи его. Что касается вопроса о продолжительности времени, на которое лицо условно осуждается, то самое лучшее въ цѣляхъ облегченія работы суду, срокъ условнаго осужденія опредѣлить въ законѣ; какъ это и предположено въ проектѣ.

С. А. Изнаръ считаетъ лишнимъ различать сроки условнаго осужденія въ зависимости отъ того, что было совершено преступленіе или проступокъ. Различіе между преступленіемъ и проступкомъ чисто формальное, между тѣмъ желательно держать ея ближе къ жизни. Нельзя упускать изъ виду, что условное осужденіе представляетъ собою какъ никакъ извѣстное ограниченіе, и потому лучше всего ограничиться годичнымъ срокомъ для лицъ, совершившихъ какъ преступленія, такъ и проступки.

В. Д. Набоковъ предлагаетъ выяснить вопросъ путемъ баллотировки и обращаетъ вниманіе на то, что отдѣленіе признало желательнымъ примѣнять условное осужденіе къ лицамъ, совершившимъ преступленія, влекущія наказаніе исправительнымъ домомъ, ссылкою на поселеніе и ссылкою въ каторжныя работы. Преступленія эти, по терминологіи новаго уголовнаго уложенія, называются тяжкими; нужно поэтому установить и срокъ, въ теченіе коего лица, учинившія тяжкія преступленія, будутъ считаться находящимися подъ дѣйствіями условнаго осужденія. В. Д. Набоковъ предлагаетъ срокъ въ такихъ случаяхъ считать въ 8 лѣтъ.

По произведенной баллотировкѣ за предоставленіе суду права требовать залоги высказалось три лица, а противъ этого права— двадцать три лица.

Предложеніе С. К. Гогеля о предоставленіи суду требовать отъ осуждаемаго поручительство отвергнуто остальными членами общества. Далѣе единогласно принято, что отсрочка наказанія должна быть назначаема для лицъ, совершившихъ проступки на 3 года, преступленія на 5 лѣтъ и тяжкія преступленія на 8 лѣтъ.

И. Г. Щегловитовъ предлагаетъ затѣмъ обсудить ст. 3 проекта. Согласно этой статьи отсрочка наказанія не можетъ быть предоставлена: а) несовершеннолѣтнимъ, учинившимъ преступное дѣяніе до достиженія 17 лѣтняго возраста; б) лицамъ, уже ранѣе осужденнымъ за тяжкія преступленія или преступленія, хотя бы виновные были освобождены отъ суда (ст. 771 п. 2 уст. уг. суд.), если со времени отбытія ими наказанія или освобожденія отъ суда прошло не болѣе 10 лѣтъ; в) лицамъ, уже ранѣе воспользовавшимся отсрочкою наказанія, со времени назначенія коей прошло

не болѣе 10 лѣтъ; г) лицамъ, не явившимся къ судебному разсмотрѣнію дѣла объ учиненномъ ими преступномъ дѣяніи (ст. 133—141², 834¹ 834⁹ уст. уг. суд., 1369, 1397, 1400, 1418, 1430, 1456 и 1460 уст. угол. суд. по прод. 1902 г., 210—216 прав. о произв. суд. дѣлъ); д) лицамъ, коимъ заключеніе въ крѣпости опредѣлено вмѣсто ссылки на поселеніе (п. 3 ч. 1 ст. 53 угол. улож.); е) лицамъ, признаннымъ виновными въ учиненіи преступныхъ дѣяній въ видѣ промысла или по привычкѣ къ преступной дѣятельности; ж) лицамъ, присужденнымъ за учиненіе преступныхъ дѣяній, сверхъ личнаго наказанія къ денежному взысканію, въ размѣрѣ свыше 500 руб.; з) лицамъ, осужденнымъ за преступныя дѣянія, по которымъ въ уголовномъ уложеніи отвѣтственность особо опредѣлена для служащихъ; и) лицамъ, признаннымъ виновными въ учиненіи преступныхъ дѣяній, которыя подлежатъ вѣдѣнію и разсмотрѣнію суда не иначе какъ по жалобамъ потерпѣвшихъ и могутъ быть оканчиваемы примиреніемъ; і) лицамъ, признаннымъ виновными въ учиненіи одного изъ преступныхъ дѣяній, предусмотрѣнныхъ ст. 103, 104, 106, 107 112—114, 120—122, 124, 125, 127, 129, 130, 132—137, 142—148, 154 (ч. 3 и 4), 155, 163, 164, 166 (ч. 2) 168 (ч. 3) и 173 (ч. 4) угол. улож.

И. Г. Щегловитовъ предлагаетъ обсуждать эту статью по пунктамъ.

Проф. Абрамовичъ-Барановскій полагаетъ, что необходимо выкинуть изъ проекта всю статью цѣликомъ. Центръ тяжести въ тѣхъ доводахъ, которые приводятся въ защиту института условнаго осужденія лежитъ, конечно, въ субъективной сторонѣ преступленія — въ личности преступника. Предполагаютъ, очевидно, что иногда гораздо болѣе желательно преступника, имѣющаго извѣстную нравственную физіономію, оставить на свободѣ, нежели подвергнуть личному задержанію въ тюрьмѣ. Такія субъективныя условія могутъ быть независимо отъ того, какое преступленіе лицо учинило. Попытка законодательнымъ порядкомъ опредѣлить тѣ случаи, когда нельзя будетъ къ тому или иному лицу, примѣнить условное осужденіе, представляетъ собою ни что иное, какъ чисто формальное ограниченіе дѣйствія этого института и такое формальное ограниченіе свидѣтельствуетъ ни о чемъ иномъ, какъ о недовѣріи къ суду. Въ виду этихъ соображеній ораторъ считалъ бы наиболѣе правильнымъ, не обсуждая этой статьи по пунктамъ, высказаться за исключеніе ея изъ проекта.

Собраніе, не соглашаясь съ приведеннымъ предложеніемъ при-

ступаетъ къ обсужденію статьи 3 по пунктамъ и по первому пункту *а* безъ преній присоединяется къ единогласному заключенію коммиссіи юридическаго общества о возможности примѣнять условное осужденіе къ несовершеннолѣтнимъ съ отдачею ихъ подъ отвѣтственный надзоръ.

По п. *б* высказывается В. А. Плансонъ въ томъ смыслѣ, что постановка выдвинутаго въ немъ вопроса, неудовлетворительна. Получается крайне ненормальное положеніе вещей, если лицо, отбывшее наказаніе за совершеніе убійства или въ силу особыхъ обстоятельствъ освобожденное отъ суда, будетъ лишено права на условное осужденіе за совершеніе такого проступка и преступленія, которое съ первымъ ничего общаго не имѣетъ, напримѣръ, неосторожная ѣзда.

И. Г. Щегловитовъ предлагаетъ ограничиться въ такихъ случаяхъ лишь спеціальнымъ рецидивомъ, т. е. признать неимѣющимъ право на отсрочку наказанія того, кто отбылъ наказаніе за однородное преступленіе, если, конечно, не прошло извѣстнаго періода времени.

Проф. Абрамовичъ-Барановскій думаетъ, что даже такая постановка вопроса, которую предлагаетъ И. Г. Щегловитовъ, не вполнѣ правильна. Мыслимы случаи совершенія совершенно однородныхъ преступленій, напр., кражъ и каждый разъ могутъ быть у совершившаго особыя причины, побудившія его рѣшиться на преступленіе, причемъ въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ совершенія преступленія причины эти будутъ различны.

Ѳ. І. Гредингеръ полагаетъ, что право на условное осужденіе могутъ имѣть только преступники случайные, но никакъ не рецидивисты.

В. Д. Набоковъ отмѣчаетъ, что понятія случайнаго преступника нѣтъ; таковымъ считается субъектъ, совершившій преступленіе подъ вліяніемъ внѣшнихъ обстоятельствъ.

Большинство членовъ по этому вопросу, поставленному на баллотировку, высказывается въ томъ смыслѣ, что отсрочка наказанія не можетъ быть примѣнена къ лицамъ, осужденнымъ за однородныя преступленія или тяжкія преступленія, причемъ однородность преступленія должна быть понимаема въ смыслѣ ст. 67 уголовнаго уложенія.

По поводу п. *в* ст. 3 проекта В. Д. Набоковъ указываетъ, что разъ собраніе пришло къ мысли о необходимости примѣнять условное осужденіе также и къ лицамъ, совершившимъ тяжкія

преступленія, то нужно указать, въ теченіе какого времени лица, которыя уже ранѣе воспользовались отсрочкою наказанія, не имѣютъ право такую отсрочку получить вновь. По мнѣнію В. Д. Набокова, такимъ срокомъ могутъ быть 15 лѣтъ.

В. А. Плансонъ не соглашается съ В. Д. Набоковымъ и находитъ, что онъ устанавливаетъ слишкомъ длинный періодъ времени для того, чтобы было невозможно условно осудить того, кто уже разъ былъ условно осужденъ.

Д. Д. Красовскій считалъ бы желательнымъ и въ данномъ случаѣ придерживаться принципа однородности учиненнаго преступленія.

Большинство высказывается въ томъ смыслѣ, чтобы въ п. *б* ст. 3 установить три срока: пять лѣтъ для преступниковъ, десять лѣтъ для преступленій и пятнадцать лѣтъ для тяжкихъ преступленій.

Относительно п. *г* ст. 3 В. А. Плансонъ считаетъ неправильнымъ отказывать въ примѣненіи условнаго осужденія только потому, что обвиняемый не явился къ разбору его дѣла. Конечно, объясненія подсудимаго важны для того или иного приговора суда, но судъ не всегда строитъ свой приговоръ на этихъ объясненіяхъ. Въ большинствѣ случаевъ матеріаломъ, на основаніи котораго слагается убѣжденіе, являются свидѣтельскія показанія и разъ на основаніи ихъ судья пришелъ къ выводу о возможности примѣнить условное осужденіе, то нѣтъ серьезныхъ основаній лишить его этого права только потому, что обвиняемый не явился къ разбору дѣла.

С. А. Изнаръ рекомендуетъ больше считаться съ психикою обвиняемыхъ. Часто самое фигурированіе на судѣ представляетъ большое наказаніе, а только поэтому лишать обвиняемато права на примѣненіе къ нему условнаго осужденія, что онъ въ судъ не явился, несправедливо и даже жестоко. Пунктъ *г* нужно исключить.

И. М. Гордонъ считаетъ сохраненіе п. *г* желательнымъ. Обвиняемый долженъ явиться въ судъ и дать свои объясненія, и только при этомъ условіи онъ можетъ разсчитывать на отсрочку наказанія.

Кн. Друцкой полагаетъ, что разъ отсрочка наказанія является своего рода льготою, то нужно эту льготу давать только тѣмъ, кто явится въ судъ.

О. О. Грузенбергъ считаетъ всю постановку вопроса не-

правильною. Отсрочка наказанія представляетъ собою институтъ не процессуальнаго, а матеріальнаго права. Поэтому нельзя связывать обязательное лишеніе права на отсрочку наказанія, съ инымъ фактомъ неявки въ судъ. Нужно обязать субъекта явкою, въ случаѣ если въ обстоятельствахъ дѣла судъ усмотритъ возможность примѣнить условное осужденіе или въ крайнемъ случаѣ предупредить обвиняемаго о подобныхъ послѣдствіяхъ неявки его въ судъ.

И Г. Щегловитовъ указываетъ г. Грузенбергу, что вопросъ объ обязаніи явкою на практикѣ представляетъ извѣстныя трудности. Соединенное Присутствіе Правительствующаго Сената, напр., высказалось, что по тѣмъ дѣламъ, по которымъ явка обвиняемаго не обязательна, подвергнуть такого обвиняемаго приводу, если судъ обяжетъ его явкою, невозможно.

О. О. Грузенбергъ, беря подъ сомнѣніе правильность этого рѣшенія, предлагаетъ обсудить его предложеніе. При баллотировкѣ выяснилось, что за исключеніе п. *г* высказались два члена, а остальные за оставленіе его, но съ тѣмъ, чтобы въ повѣсткѣ было бы предупрежденіе обвиняемому о послѣдствіяхъ его неявки въ отношеніи возможности примѣнить къ нему условное осужденіе.

П. *д* ст. 3 вслѣдствіе признанія большинствомъ возможности давать отсрочку наказанія лицамъ, совершившимъ всякаго рода преступленіе, признано необходимымъ изъ проекта исключить.

П. *е* ст. 3 не вызвалъ возраженій въ средѣ присутствовавшихъ.

П. *жс* и *з* ст. 3 присутствующіе полагали изъ проекта исключить.

По поводу п. *и* С. К. Гогель находитъ весьма желательнымъ примѣненіе условнаго осужденія и къ дѣламъ частно-уголовнымъ и при томъ безъ согласія потерпѣвшаго. Дѣйствующіе западно-европейскіе законы въ примѣненіи условнаго осужденія не дѣлаютъ никакого различенія между публичными и частно-уголовными дѣяніями и, какъ показываетъ статистика, примѣненіе условнаго осужденія къ этимъ дѣяніямъ весьма распространено. Если будетъ принято по дѣламъ частно-уголовнымъ требованіе согласія потерпѣвшаго, то условное осужденіе сведется по этимъ дѣламъ къ примиренію.

В. А. Плансонъ присоединяется къ мнѣнію С. К. Гогеля и думаетъ, что уголовный законодатель не долженъ становиться на точку зрѣнія частнаго лица и исключительно его интересовъ. Отсрочка наказанія имѣетъ широкое государственное значеніе и вводится какъ извѣстная признанная государствомъ цѣлесообразною мѣра

для борьбы съ преступностью. Поэтому, ограничивать сферу примѣненія этого института и ставить примѣненіе его въ зависимость отъ воли частнаго лица, невозможно.

В. Д. Набоковъ находитъ, что примѣнять условное осужденіе въ дѣлахъ частно-уголовныхъ возможно лишь при условіи согласія на это потерпѣвшаго. Это вытекаетъ какъ изъ природы тѣхъ дѣяній, которыя преслѣдуются въ порядкѣ частнаго обвиненія, такъ и изъ характера процесса разсмотрѣнія подобныхъ дѣлъ. Нѣтъ основаній изъ этого правила дѣлать исключенія и для тѣхъ дѣлъ, которыя возбуждаются лишь по жалобамъ частныхъ лицъ, а преслѣдуются въ порядкѣ публичнаго обвиненія. И въ этого рода дѣлахъ примѣненіе условнаго осужденія возможно лишь при согласіи на то потерпѣвшаго.

Мих. М. Боровитиновъ присоединяется къ мнѣнію В. Д. Набокова и думаетъ, что нѣтъ основаній различать при обсужденіи вопроса о значеніи согласія потерпѣвшаго для примѣненія условнаго осужденія между дѣлами, возбуждаемыми и преслѣдуемыми въ порядкѣ частнаго обвиненія, и дѣлами, возбуждаемыми по жалобамъ потерпѣвшихъ, но преслѣдуемыми въ порядкѣ публичнаго обвиненія.

И. Г. Щегловитовъ полагаетъ, что такое основаніе есть. Оно заключается въ томъ, что нѣкотораго рода дѣла государство не возбуждаетъ само только потому, что оно считается съ нежеланіемъ потерпѣвшихъ давать этимъ дѣламъ огласку. Вопросъ ставится на баллотировку и большинство присутствующихъ высказывается за возможность примѣнять условное осужденіе въ дѣлахъ, которыя преслѣдуются въ порядкѣ частнаго обвиненія и по которымъ возможно примиреніе, лишь при согласіи на то потерпѣвшаго. Въ томъ же смыслѣ рѣшается вопросъ о значеніи согласія потерпѣвшаго для условнаго осужденія въ дѣлахъ, по которымъ хотя они и возбуждены по жалобамъ потерпѣвшаго примиреніе не можетъ имѣть мѣсто.

Относительно п. *i* ст. 3 проекта В. Д. Набоковъ думаетъ, что вопросъ о свойствахъ личности преступника, во имя которыхъ и вызванъ къ жизни обсуждаемый институтъ, особенное значеніе получаетъ именно въ политическихъ преступленіяхъ и къ лицамъ, учинившимъ этого рода преступленія скорѣе, чѣмъ къ кому либо иному надлежитъ примѣнять условное осужденіе. По этому, желательно п. *i* исключить. Въ коммисіи юридическаго общества по этому вопросу было разногласіе; за сохраненіе этого пункта стоялъ

С. К. Гогель и любопытно было бы выслушать его мнѣніе по этому вопросу.

С. К. Гогель указываетъ, что онъ исходилъ изъ чисто практическихъ соображеній. Допустить примѣненіе условнаго осужденія къ политическимъ преступникамъ было бы равносильно сознательному предоставленію противникамъ института лишняго козыря для того, чтобы заподозрѣть благонадежность проекта.

В. А. Плансонъ считаетъ невозможнымъ считаться съ подобнаго рода соображеніями; нужно высказаться согласно своему истинному убѣжденію, а не для кого не можетъ быть сомнѣній въ томъ, что именно къ политическимъ преступникамъ скорѣе, чѣмъ къ кому либо другому, нужно примѣнять условное осужденіе.

С. А. Изнаръ всецѣло присоединяется къ В. А. Плансону и думаетъ, что такихъ преступниковъ, какъ политическіе, нужно ставить въ особо льготное положеніе.

По произведенной баллотировкѣ большинство (15 противъ 7) высказывается за исключеніе пункта *i* изъ текста статьи.

Кн. Друцкой обращаетъ вниманіе собранія на то, что оно упустило изъ виду вопросъ о примѣненіи условнаго осужденія къ военнымъ, когда они при общей подсудности судятся гражданскимъ судомъ. Какъ извѣстно, и въ этихъ случаяхъ наказаніе примѣняется по военнымъ законамъ, между тѣмъ вопросъ о примѣненіи въ военномъ вѣдомствѣ и въ войскахъ условнаго осужденія не рѣшенъ еще военными сферами. Если судъ гражданскій условно осудитъ воинскаго чина, можетъ возникнуть серьезная коллизія. Поэтому въ проектѣ необходимо оговорить, что условное осужденіе не примѣняется къ воинскимъ чинамъ, дѣла о которыхъ по началамъ общей подсудности, будутъ разрѣшаться гражданскимъ судомъ.

Предложеніе кн. Друцкаго собраніе принимаетъ безъ преній.

И. Г. Щегловитовъ предлагаетъ перейти къ обсужденію ст. 4 проекта, согласно которой отсрочка наказанія распространяется также на дополнительныя наказанія, опредѣленныя въ п. п. 1 и 2 ст. 33 угол. улож., а въ подлежащихъ случаяхъ (ст. 27 угол. улож.) и на лишеніе правъ.

Собраніе, признавъ нужнымъ сохранить эту статью въ проектѣ, высказалось за дополненіе ея въ смыслѣ предположенномъ комиссіею, а именно, чтобы въ тѣхъ случаяхъ, когда законъ допускаетъ факультативно денежное взысканіе или лишеніе права заниматься

профессіею и т. под., эти дополнительныя взысканія не могутъ быть отсрочены, если судъ признаетъ нужнымъ ихъ назначить.

И. Г. Щегловитовъ предлагаетъ обсудить ст. 5, согласно которой отсрочка наказанія не освобождаетъ виновнаго отъ уплаты судебныхъ издержекъ, возвращеніе вещей, добытыхъ преступнымъ дѣяніемъ (ст. 126, 375 и 777 уст. уг. суд., 208 прав. о произв. суд. дѣлъ) и отъ послѣдствій, указанныхъ въ ст. 36 и 37 угол. улож. *Проф. Абрамовичъ-Барановскій* предлагаетъ дополнить эту статью указаніемъ, что отсрочка наказанія не освобождаетъ виновнаго отъ вознагражденія потерпѣвшаго.

Собраніе принимаетъ эту поправку и во всемъ остальномъ оставляетъ редакцію статьи 5 безъ измѣненій.

Собраніе переходитъ къ обсужденію ст. 6, согласно которой если осужденный не будетъ признанъ виновнымъ въ совершеніи въ теченіе назначенной ему отсрочки новаго преступнаго дѣянія, влекущаго по закону арестъ или болѣе строгое наказаніе, то отсроченное ему наказаніе почитается исполненнымъ со дня провозглашенія приговора, при чемъ виновный освобождается отъ послѣдствій означенной судимости, указанныхъ въ ст. 27 и 33 угол. улож., представленный же залогъ (ст. 2) возвращается ему по опредѣленію суда.

И. Г. Щегловитовъ указываетъ, что разъ собраніе не признало возможнымъ предоставить суду требовать отъ условно осужденнаго залога, то надлежитъ конецъ статьи, говорящей о возвращеніи внесеннаго залога, исключить изъ текста статьи.

Собраніе соглашается съ мнѣніемъ И. Г. Щегловитова.

Кн. Друцкой предлагаетъ внести въ ст. 6 поправку требованіемъ, чтобы въ теченіе времени отсрочки условно осужденный не совершилъ новаго преступнаго дѣянія, умышленнаго и притомъ однороднаго или тождественнаго съ тѣмъ, которое было уже имъ совершено, и за которое онъ былъ признанъ виновнымъ, но съ отсрочкою наказанія.

Собраніе принимаетъ предложеніе кн. Друцкого.

В. А. Плансонъ предлагаетъ требовать, чтобы совершенное до истеченія отсрочки преступленіе влекло бы за собою наказаніе не ниже тюрьмы.

Собраніе безъ преній признаетъ болѣе правильнымъ вообще не указывать наказанія за преступленіе, совершеніе коего лишаетъ условно осужденнаго правъ на то, чтобы отсроченное ему наказа-

ніе почиталось исполненнымъ, ограничившись оговоркою, предложенною кн. Друцкимъ.

И. Г. Щегловитовъ предлагаетъ перейти къ обсужденію ст. 7, согласно которой если осужденный вновь признанъ будетъ виновнымъ въ совершеніи, ранѣе истеченія назначенной ему отсрочки, преступнаго дѣянія, влекущаго по закону арестъ или болѣе строгое наказаніе, то онъ подвергается, сверхъ наказанія за сіе вновь учиненное преступное дѣяніе, и тому наказанію, которое ему отсрочено было, по правиламъ, указаннымъ въ ст. 63 и 66 угол. улож., представленный же залогъ (ст. 2) обращается на устройство мѣстъ заключенія (п. 2 ст. 33 угол. улож.).

Собраніе безъ преній признаетъ необходимымъ исключить конецъ статьи, говорящій о залогѣ, и въ соотвѣтствіе со ст. 6 не упоминать о томъ наказаніи, къ которому будетъ присужденъ до истеченія отсрочки наказанія за первое преступленіе условно осужденный.

И. Г. Щегловитовъ предлагаетъ собранію высказаться по поводу ст. 8, согласно которой въ приговорахъ, постановленныхъ по правиламъ ст. 1—5, судъ назначаетъ виновному наказаніе, а затѣмъ опредѣляетъ отсрочку таковаго съ подробнымъ изложеніемъ основаній, по которымъ допущено примѣненіе означенной мѣры.

Кн. Друцкой выражаетъ сомнѣніе въ желательности непремѣнно подробной мотивировки причинъ отсрочки наказанія, а затѣмъ проситъ разъяснить ему, обязаны ли и присяжные засѣдатели мотивировать свое постановленіе о примѣненіи къ подсудимому условнаго осужденія, и подлежитъ ли это постановленіе повѣркѣ.

И. Г. Щегловитовъ разъясняетъ, что въ проектѣ не предположено предоставлять присяжнымъ засѣдателямъ примѣнять условное осужденіе.

Требованіе мотивировки, указанное въ ст. 8, признается присутствующими желательнымъ.

По поводу ст. 9 проекта, согласно которой при объявленіи приговора объ отсрочкѣ наказанія судъ дѣлаетъ виновному соотвѣтствующее предостереженіе и предупреждаетъ его о послѣдствіяхъ, съ коими сопряжено учиненіе новаго преступнаго дѣянія ранѣе истеченія предоставленной ему отсрочки.

И. Г. Щегловитовъ возбуждаетъ вопросъ, нужно ли въ текстѣ статьи оговорить, что судъ предупреждаетъ виновнаго о

послѣдствіяхъ учиненія однороднаго, или тождественнаго преступленія, такъ какъ собраніе признало необходимымъ связать эти послѣдствія съ учиненіемъ именно однороднаго или тождественнаго преступленія.

М. М. Боровитиновъ думаетъ, что такой оговорки дѣлать не нужно, ибо иначе можетъ получиться у виновнаго впечатлѣніе, что другія преступленія ему совершать дозволено.

Съ замѣчаніемъ М. М. Боровитинова собраніе вполнѣ согласилось, признавъ, что ст. 9 измѣненій не требуетъ.

Равнымъ образомъ признана не требующею измѣненій и ст. 11, согласно которой правила, изложенныя въ ст. 1—10, примѣняются общими и мировыми судебными установленіями, гминными судами, уѣздными членами окружныхъ судовъ, городскими судьями, уѣздными съѣздами и земскими участковыми начальниками.

По ст. 12, согласно которой справки о судимости лицъ, коимъ предоставлена отсрочка наказанія издаются объ осужденныхъ судебными установленіями—порядкомъ, опредѣляемымъ министромъ юстиціи, осужденныхъ судебно-административными учрежденіями—порядкомъ, опредѣляемымъ министромъ внутреннихъ дѣлъ по соглашенію съ министромъ юстиціи, собраніе постановило дополнить означенную статью указаніемъ, что порядокъ составленія справокъ о судимости лицъ военнаго и морского вѣдомства опредѣляется по соглашенію съ военнымъ министромъ и управляющимъ морскимъ министерствомъ.

М. М. Боровитиновъ обращаетъ вниманіе на то, что къ вопросу о прежней судимости нужно отнестись въ виду значенія института условнаго осужденія крайне серьезно; прежняя судимость имѣетъ колоссальное значеніе, а потому нужно до внесенія проекта объ условномъ осужденіи на обсужденіе въ законодательномъ порядкѣ разработать проектъ организаціи составленія этихъ справочныхъ изданій, при чемъ организація эта также должна подвергнуться законодательной регламентаціи.

И. Г. Щегловитовъ не согласенъ съ мнѣніемъ М. М. Боровитинова и думаетъ, что вопросъ объ организаціи изданія справокъ о судимости чисто практическій вопросъ; его лучше всего разрѣшать въ зависимости отъ чисто практическихъ соображеній. По этому предпочтительнѣе поставить ее такъ, чтобы она могла быть измѣняема, сообразно указаніямъ опыта.

Съ замѣчаніемъ И. Г. Щегловитова присутствующіе вполнѣ согласились.

Въ заключеніе собраніе остановилось на обсужденіи предложенія С. К. Гогеля дополнить ст. 11 проекта правиломъ слѣдующаго содержанія:

„Если дѣло разрѣшается судомъ съ участіемъ присяжныхъ засѣдателей и наказаніе, угрожающее подсудимому по закону или въ случаѣ дачи снисхожденія, можетъ быть назначено въ предѣлахъ, указанныхъ въ ст. 1, и въ то же время имѣются и другія, опредѣленныя въ проектѣ, условія для примѣненія отсрочки наказанія, то предсѣдатель разъясняетъ присяжнымъ засѣдателямъ, что, отвѣчая на вопросъ о виновности и давая или не давая (если этого не требуется) подсудимому снисхожденія, они могутъ прибавить: „и кромѣ сего имѣются основанія для примѣненія къ подсудимому отсрочки наказанія“; такое признаніе присяжныхъ обязательно для суда.

Въ протоколъ засѣданія, въ такомъ случаѣ, судъ вноситъ, кромѣ обычнаго матеріала еще и всѣ свѣдѣнія, выяснившіяся на судѣ о личности подсудимаго и его прошломъ.

Съ своей стороны и коронный судъ не лишенъ права, въ случаѣ если находитъ для того основанія, всѣ упоминанія о семъ въ вердиктѣ присяжныхъ засѣдателей, постановить въ выше указанномъ порядкѣ объ отсрочкѣ наказанія“.

С. К. Гогель указываетъ, что опытъ доказалъ, какъ чутки присяжные засѣдатели къ вопросамъ о наказаніи подсудимаго. Они стремятся имѣть вліяніе на судьбу подсудимаго и послѣ произнесенія вердикта; они жалѣютъ подсудимаго и потому часто выносятъ оправдательные приговоры, только потому, что не желаютъ, чтобы подсудимые попадали въ тюрьму. Они очень часто послѣ оправдательнаго приговора говорятъ подсудимому—смотри, больше не попадайся. Право давать подсудимому отсрочку наказанія значительно облегчитъ ихъ задачу и сократитъ число оправдательныхъ приговоровъ.

И. Г. Щегловитовъ присоединяется къ С. К. Гогелю и указываетъ, что во Франціи на необходимость дать это право присяжнымъ засѣдателямъ указывалъ извѣстный сенаторъ Беранже, авторъ французской loi de sursis de la peine.

В. А. Плансонъ отмѣчаетъ, что вопросъ о наказаніи для присяжныхъ дѣйствительно крайне важенъ. Предложеніе С. К. Гогеля нужно привѣтствовать.

Кн. Друцкой спрашиваетъ, какое значеніе будетъ имѣть для суда признаніе присяжными виновнаго заслуживающимъ отсрочки

наказанія—обязательное или нѣтъ; получитъ ли судъ право не примѣнить условнаго осужденія, вопреки рѣшенію присяжныхъ засѣдателей?

И. Г. Щегловитовъ склоняется къ тому, чтобы признаніе присяжными необходимости отсрочки наказанія имѣло бы обязательный характеръ; постановленіе присяжныхъ должно связывать судъ, иначе могутъ образоваться ненормальныя отношенія между обѣими коллегіями.

С. В. Карчевскій всецѣло присоединяется къ И. Г. Щегловитову. Предложеніе С. К. Гогеля съ поясненіями И. Г. Щегловитова принято единогласно собраніемъ, выразившимъ глубокую признательность коммисіи уголовнаго отдѣленія, состоявшей изъ В. Д. Набокова, М. М. Боровитинова и С. К. Гогеля, за ихъ трудъ по предварительному разсмотрѣнію проекта объ условномъ осужденіи.

Предсѣдатель Уголовнаго Отдѣленія *И. Щегловитовъ.*

Редакція открыта для личныхъ объясненій по воскресеньямъ отъ 11 до 1 ч.

Адресъ Редакціи: Спб. Захарьевская, д. 25. Телеф. № 2936.

Адресъ Конторы: Загородный пр., д. 2.

Продолжается подписка на 1905 годъ

НА ЖУРНАЛЪ

„ВѢСТНИКЪ ПРАВА“,

ИЗДАВАЕМЫЙ ПОДЪ РЕДАКЦІЕЮ

К. К. Арсеньева, М. М. Винавера, прив.-доц. В. М. Гессена, В. Д. Набокова и проф. І. А. Покровскаго.

Въ 1904 г. въ журналѣ помѣстили статьи слѣдующія лица: В. К. Агафоновъ, С. А. Андреевскій, прив.-доц. М. М. Боровитиновъ, В. М. Вороновскій, А. Г. Вороновъ, прив.-доц. М. И. Гернетъ, А. С. Гольденвейзеръ, проф. В. Э. Грабарь, проф. М. А. Дьяконовъ, Г. Г. Евангуловъ, проф. Ф. Ф. Зигель, В. А. Идельсонъ, М. И. Ипполитовъ, В. Л. Исаченко, А. Ѳ. Кони, Е. М. Кулишеръ, А. А. Левенстимъ, М. С. Маргулiесъ, прив.-доц. І. В. Михайловскій, проф. С. А. Муромцевъ, прив.-доц. Баронъ А. Э. Нольде, проф. Л. І. Петражицкій, М. А. Рейснеръ, П. М. Саладиловъ, К. Н. Скворцовъ, В. К. Случевскій, В. Д. Спасовичъ, проф. Кн. Е. Н. Трубецкой, Н. И. Фалѣевъ, проф. Н. М. Цытовичъ, В. В. Чеховъ, проф. М. П. Чубинскій, А. А. Чупровъ, И. Г. Щегловитовъ и др.

Журналъ выходитъ ежемѣсячно (кромѣ іюля и августа) въ количествѣ 10 книгъ въ годъ.

Условія подписки:		на годъ	по полугодіямъ январь	іюнь
Въ С.-Петербургѣ	безъ доставки	8 р. — к.	4 р. — к.	4 р. — к.
» »	съ доставкой	8 » 50 »	4 » 50 »	4 » 50 »
Въ другихъ городахъ	съ доставкой	9 » — »	5 » — »	4 » — »
За границей		12 » — »	7 » — »	5 » — »

Подписывающіеся на одинъ мѣсяцъ платятъ 1 р. 20 к. съ доставкою.

Въ распоряженіи редакціи имѣется 500 экземпляровъ Сборника рѣшеній Кассаціонныхъ Департаментовъ и Общаго Собранія Сената, въ оффиціальномъ изданіи, разсылаемаго подписчикамъ немедленно по выходѣ листовъ изъ Сенатской типографіи.

Условія подписки съ приложеніемъ Сборника рѣшеній:

	на годъ	по полугодіямъ январь	іюнь
Въ С.-Петербургѣ съ доставкой	11 р. 50 к.	6 р. 50 к.	5 р.
Въ другихъ городахъ съ доставкой	12 » — »	7 » — »	5 »

Кандидаты на судебныя и военно-судебныя должности и учащіеся платятъ при подпискѣ по 4 р. 50 коп. въ годъ съ доставкою и пересылкою, а съ приложеніемъ рѣшеній 8 р. 50 коп.

Подписка принимается въ конторѣ «Вѣстника Права»: С.-Петербургъ, **Загородный пр., д. № 2,** и кромѣ того во всѣхъ книжныхъ магазинахъ.

Объявленія для напечатанія въ «Вѣстникѣ Права» принимаются въ конторѣ по расчету 16 руб. за страницу.

Адресъ редакціи: С.-Петербургъ, Захарьевская, 25.

Телефонъ № 2936.

сенатская типографія.

S0041442
СФ СПбГУ